Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Funfzehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1813.

89

m

Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar

von

D. Christian Friedrich Glück

Hofrath und öffentlichem ordentlichem Lehrer der Rechte auf der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen.

Funfzehnten Theils erste Abtheilung.

Erlangen

verlegt bey Johann Jacob Palm.

1813.

89.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Fortsetzung des Titels
ad
Senatusconsultum Vellejanum.

§. 924.
Fälle, wo das Vellejanische Senatusconsult keine Anwendung findet.

Es giebt nun Fälle, in welchen Frauenspersonen sich nicht auf das Vellejanische Senatusconsultum berufen können. Dahin gehört

I. wenn sie sich der Wohlthat desselben unwürdig gemacht haben. Diese Fälle sind,

1) wenn die Intercedentin mit Betrug umging. Eine solche betrügerische Absicht ist in dem Falle anzunehmen, wenn sie, mit ihren Rechtswohlthaten bekannt, den unwissenden Gläubiger durch Uebernehmung einer Bürgschaft zu einem ihm nachtheiligen Credit zu verleiten suchte. **Ulpian** sagt *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* Sed ita demum eis SCtum subvenit, *si non callide sint versatae.* Hoc enim DIVUS PIUS et SEVERUS rescripserunt. Nam deceptis, non *decipientibus* opitulatur. — Infirmitas enim feminarum, non *calliditas*, auxilium meruit. Eben so rescribirten auch die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** *L.* 18. *C. eodem*, wo es heißt: Feminis alienas vel veteres vel novas obligationes aliqua ratione suscipienti-

bus ſubvenitur: *niſi creditor aliqua ratione per mulierem deceptus ſit*: nam tunc *replicatione doli* Senatusconſulti exceptionem removeri, conſtitutum eſt. Die bloße Wiſſenſchaft, welche die Intercedentin zur Zeit der übernommenen Bürgſchaft erweislich von ihrer Rechtswohlthat hatte, begründet an ſich noch keinen Dolus, wenn ſolcher nicht aus andern Anzeigen erweislich iſt [1]). **Leyſer** [2]) iſt zwar anderer Meinung, und bezieht ſich auf den Ausſpruch des **Paulus**, welcher *L.* 30. *pr. D. h. t.* ſagt: Si decipiendi animo, *vel cum ſciret, ſe non teneri*, mulier pro aliquo interceſſerit, exceptio ei Senatusconſulti non datur: actionem enim, *quae in dolum mulieris competit*, ampliſſimus Ordo non excludit. Allein der angeführte Grund des Geſetzes lehrt deutlich, daß in dem Vorderſatze nicht von zwey verſchiedenen Fällen die Rede ſey, ſondern die Worte: *vel cum ſciret, ſe non teneri*, blos zur Erläuterung der vorhergehenden dienen ſollen, in welcher Bedeutung das Wort *vel* öfters ſowohl in unſern Geſetzen [3]), als bey den Klaſſikern vorkommt [4]).

Der

1) Man vergleiche *Frid. Es. a* PUFENDORF Obſervation. iuris univ. Tom. I. Obſervat. 43. §. 3. Joh. Chriſt. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen 1. Th. 3. Bemerk. S. 28. ff. Frid. von Bülow's und Theod. Hagemanns practiſche Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrſamkeit. 4. Band 35. Erört. S. 201. ff. und Carl Lud. Chriſtoph Röslins Abhandlung von beſondern weiblichen Rechten 2. Band S. 131—136.

2) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXIX. medit. 7.

3) S. BRISSONIUS de Verbor. Signif. voc. *Vel.*

4) S. Schellers lateiniſch deutſches Wörterbuch. 3. Th. voc. *Vel.*

Der Sinn dieser Stelle ist also der: Eine Frauensperson, welche weiß, daß sie aus ihrer Intercession nicht gehalten sey, aber dennoch aus einer betrügerischen Absicht intercedirt, kann sich mit der Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses nicht schützen. Denn gegen sie findet die actio doli statt, welche das Senatusconsult nicht ausschließt [5]). Nach dieser Erklärung bestärkt also **Paulus** aufs neue unsern Satz, daß nicht die bloße Wissenschaft der Rechtswohlthat, sondern nur insofern mit ihr eine betrügerische Absicht verbunden ist, den Verlust derselben nach sich ziehe [6]). Am wenigsten aber vermag wohl bey einer Ehefrau die bloße Wissenschaft ihrer Rechtswohlthaten eine für ihren Ehemann nichtig übernommene Bürgschaft zu bekräftigen, und diese als eine Betrügerin zu behandeln, wenn sie sich dennoch ihres Rechts bedient, weil man hier immer im Zweifel annehmen muß, daß sie entweder durch Schmeicheleyen oder durch Drohungen ihres Ehemanns zur Intercession veranlaßt worden sey [7]).

5) Man vergleiche über die *L. 30. h. t.* HELLFELD Diss. de condictione mulieri intercedenti competente §. 43. und Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. Not. 14. S. 309. der 4. Aufl. Accursius erklärt die L. 30. von dem Falle, wenn die Intercedentin Mannskleider anlegte, und auf solche Art den Gläubiger hintergieng. Eine suavis interpretatio, wie sie *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad L. cit. 30. nicht unrecht nennt.

6) Denn die actio doli, welche hier gegen die Frauensperson gestattet wird, ist anders nicht begründet, als wenn eine magna et evidens calliditas erweislich ist, wie Ulpian sagt *L. 7. §. 10. D. de dolo malo.*

7) C. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXI. medit. 3. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Decis.

Eben so leicht kann aber auch in jedem andern Falle immer noch natürliche Gutmüthigkeit oder Leichtsinn, ohne alle betrügliche Absicht, die bewegende Ursache einer weiblichen Intercession gewesen seyn, und dieses ist im Zweifel um so mehr anzunehmen, da die allgemeine Vermuthung wider jeden Dolus streitet. Die Gesetze enthalten übrigens von betrüglichen Intercessionen der Frauenspersonen folgende Beyspiele. a) Wenn eine Frauensperson ihre Absicht, für einen Andern zu intercediren, dem Gläubiger arglistig verbirgt, und vorgiebt, daß sie das Geld für sich borge, was sie für einen Andern aufgenommen hat. Hier kann dem Gläubiger die Ausflucht des Velleianischen Rathsschlusses nicht entgegen gesetzt werden, weil er nicht verbunden war, sich darum zu bekümmern, ob die Schuldnerin das Geld in ihren Nutzen verwenden will, oder für einen Andern borgt [8]). Hierher gehört *L.* 11. *D. h. t.* wo **Paulus** sagt: Si mulier tanquam in usus suos pecuniam acceperit, alii creditura, non est locus Senatusconsulto: alioquin nemo cum feminis contrahet, quia ignorari potest, quid acturae sunt. b) Wenn sie arglistig ihre Sachen für eine fremde Schuld verpfänden läßt. **Afrikan** hat hiervon *L.* 17. §. 1. *D. h. t.* folgenden Fall. Si mulier dixisset, sibi rem dotis nomine obligatam, et creditor curasset ei pecuniam dotis

Decis. XII. nr. 14. pag. 213. *Tob. Iac.* REINHARTH Potissima capita invalidae mulierum intercessionis pro efficaci perperam habitae. *Erfordiae 1732.* § 16. und Christ. Gottl. Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 89. S. 190.

8) S. *Christ. Lud.* CRELL Diss. de mutuo feminae aliis creditu-rae dato. *Vitembergae 1738.*

dotis ſolvi, qui idem pignus acciperet: mulieri etiam pecunia credita deberetur. Si poſſeſſor creditor adverſus eam Serviana agentem exciperet, *ſi non voluntate eius pignus datum eſſet*, replicationem mulieri Senatusconſulti non profuturam: niſi creditor ſciſſet, etiam aliam pecuniam ei deberi. Ein Ehemann hatte ſeiner Frau theils zur Sicherheit ihres Heyrathsguts [9]), theils für ein Darlehn ein Unterpfand gegeben. Die Ehe wird nachher getrennt, und der Mann muß alſo der Frau das Heyrathsgut zurückgeben. Es findet ſich ein Dritter, der ihm das Geld dazu vorſchießen will. Die Frau ſagt dem Gläubiger, daß ſie von ihrem Mann ein Pfand in Händen habe, ſagt aber ausdrücklich nur, daß ihr die Sache wegen ihres Heyrathsguts verpfändet ſey, von ihrer andern Forderung an ihren Mann, wofür das Pfand gleichfalls haften ſollte, ſchweigt ſie gänzlich. Der Gläubiger, welcher von dieſer andern Forderung der Frau auch nichts wußte, läßt ihr das Heyrathsgut ausbezahlen, um das Pfand derſelben auf dieſe Art zu erhalten. Nachher klagt die Frau gegen den Beſitzer des Pfandes wegen ihrer noch daran habenden andern Forderung hypothekariſch. Der Gläubiger ſetzt ihr entgegen, die Aushändigung des Pfandes ſey mit ihrer Einwilligung geſchehen, ſie habe ſich alſo ihres Pfandrechts begeben. Es fragte ſich alſo,

ob

9) Vor Einführung der geſetzlichen Hypothek, die jetzt die Ehefrauen wegen ihres Heyrathsguts haben, war dergleichen Pfandgebung nichts Ungewöhnliches. *L. 7. §. 6. D. de donat. inter vir. et uxor.* Nur eine Sicherheitsbeſtellung durch Bürgen hatte während der Ehe wegen des Heyrathsgutes nicht Statt. *L. 7. D. de exception. L. 1. et 2. Cod. Ne fideiuſſores dotis dentur.*

ob sie diese Einrede durch die Replic des Vellejanischen Rathsschlusses zu entkräften vermöge? **Afrikan** entscheidet diese Frage verneinend, und zwar mit Recht. Eine Intercession war zwar hier allerdings geschehen. Denn da die Frau sich blos ihres Pfandrechts insofern begeben hatte, als sie von dem Gläubiger des Mannes ihre Bezahlung erhalten hatte, nicht in Ansehung ihrer andern Forderung, welche sie dem Gläubiger verschwieg; so wollte sie auch in Rücksicht derselben ihr Pfandrecht behalten. Sie ließ also wissentlich eine ihr verpfändete Sache für eine fremde Schuld verpfänden, und intercedirte dadurch wirklich. Aber sie ist der Rechtswohlthat unwürdig, weil sie den Gläubiger, durch betrügerisches Verschweigen ihrer Forderung, hinterging [10]). Einen ähnlichen Fall enthält die Verordnung des Kaisers **Alexander** *L.* 5. *Cod. b. t.* Si sine voluntate tua res tuae a marito tuo pignori datae sunt, non tenentur. Quodsi consensisti obligationi, sciente creditrice, auxilio Senatusconsulti uti potes. Quodsi patientiam praestitisti, ut quasi suas res maritus obligaret, decipere voluisti mutuam pecuniam dantem, et ideo tibi non succurretur Senatusconsulto, quo infirmitati, non calliditati mulierum consultum [11]). c) Wenn sie sich aus betrügerischer Ab-

10) Man vergleiche über diese *L.* 17. §. 1. *b. t. Iac.* CUJACIUS ad Africanum Tractat. IV. *Oper.* Tom. I. *Ant.* FABER Rational. in Pandect. ad h. L. und POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XXXII. not. f.

11) Einen nach diesem Gesetz von dem Kammergericht in Berlin entschiedenen Fall hat *Frid.* BEHMER in NOVO iure controv. Tom. II. Obs. 102.

Absicht für die Erbin eines verstorbenen Schuldners auf Befragen ausgiebt. Von diesem Falle redet **Paulus** *L.* 23. *D. h. t.* Si mulier in iure interrogata, responderit, *se heredem esse:* si sciens se heredem non esse, responderit: minime intercessisse videri, *quia decepit.* Wenn eine Frauensperson vor Gericht befragt worden ist, ob sie des verstorbenen Titius Erbin sey, und sie sagt Ja, da sie doch weiß, daß nicht sie, sondern Sempronius Erbe geworden sey, so kann man zwar dieses Benehmen für eine Art der Intercession halten. Denn sie ladet hierdurch fremde Verbindlichkeiten auf sich, und kann aus ihrer Antwort, wenn sie auch gleich falsch ist, doch mit der actio interrogatoria belangt werden [12]). Dennoch kommt ihr hier die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht zu statten, weil sie betrüglich verfuhr. In allen diesen Fällen wird jedoch vorausgesetzt, daß der Gläubiger von der betrügerischen Absicht der Weibsperson nichts gewußt habe [13]). Denn weiß er, daß sie mit einer Intercession umgeht, so muß er sich auch nachher die Einwendung des Vellejanischen Senatusconsults gefallen lassen. Es tritt hier der Ausspruch **Ulpians** ein *L.* 145. *D. de div reg. iuris.* Nemo videtur fraudare eos, qui *sciunt* et *consentiunt.* Folgende Gesetzstellen sind hier noch besonders merkwürdig.

L. 12.

12) S. Tit. Dig. *de interrogationib. in iure faciend.* Theil XI. S. 239. ff.

13) Man vergleiche noch *L. 4. pr. L. 6. in fin. L. 17. pr. L. 19.* §. 4. *D. h. t. L. 177.* §. 3. *D. de div. reg. iuris* und besonders *L. 11. Cod. de distract. pignor.* S. CRELL cit. Diss. de mutuo foeminae aliis crediturae dato. §. 7. und Röslins Abhandl. von besondern weiblichen Rechten 2. Th. S. 122.

L. 12. *D. h. t.* Immo tunc locus eſt Senatusconſulto, *cum ſcit creditor eam intercedere.*

L. 28. §. 1. *D. eodem.* Fundum uxoris ſuae maritus obligavit Sempronio ob conductionem: mox mulier a Numerio ſua fide mutuam pecuniam acceptam ſub obligatione eiusdem fundi ſolvit ſtatim Sempronio pro marito ſuo. Quaeſitum eſt, an adverſus Senatusconſultum obligata ſit? Reſpondi, *ſi Numerius ſciſſet, eam intercedere*, fore Senatusconſulto, de quo quaereretur, locum.

L. 1. *Cod. eodem.* Mulieribus quidem, quae alienam obligationem ſuſcipiunt, vel in ſe transferunt, *ſi id contrahentes non ignorent*, Senatusconſulto ſubvenitur.

Dieſen ſo klaren Geſetzen ſcheint jedoch die *L.* 13. *Cod. eodem* zu widerſtreiten, wo die Kaiſer **Diocletian** und **Maximian** auf folgende Art reſcribiren.

„Si foenebris pecunia iuxta fidem veri a creditore tibi data eſt: ſive tota quantitas foenoris, ſive pars eius in uſum mariti proceſſiſſe proponatur, decreto patrum non adiuvaris: *licet creditor cauſam contractus non ignoraverit.*“

Die Ausleger haben verſchiedene Verſuche gemacht, dieſe allerdings ſchwierige Geſetzſtelle mit den vorhergehenden Geſetzen zu vereinigen. **Franz Hotomann** [14]) will durch eine Emendation der Schwierigkeit abhelfen, und für *licet*, niſi leſen; allein gegen alle handſchriftliche Auctorität. **Cujaz** [15]) ſucht daher vielmehr durch eine Di-

14) Obſervation. Lib. VI. Obſ. 2.

15) Tractat. III. ad Africanum in L. 17. D. h. t. *Operum* Tom. I. pag. 1338.

Distinction eine Vereinigung zu treffen. Er unterscheidet nämlich, ob die Frau von dem Mann sey untergeschoben worden, um ihm Geld zu verschaffen, und für ihn zu bezahlen, oder ob sie das Geld aus eigenem Antriebe, und freien Willen zum Nutzen ihres Mannes erborgt habe. Von dem ersten Falle sey *L.* 28. *D. h. t.* von dem letztern aber *L.* 13. *Cod. eodem* zu verstehen. Dagegen hat aber schon **Wissenbach** [16]) erinnert, daß die *L.* 28 zu einer solchen Supposition keine Veranlassung gebe. Die richtigste Erklärung, welcher auch die meisten Rechtsgelehrten [17]) beystimmen, ist unstreitig die, daß in der *L.* 13 *C. h. t.* von einer Intercession gar nicht die Rede sey, von welcher dagegen die *L* 28 ganz deutlich spricht, sondern von einem Geschäft, welches die Frau nach ihrer Versicherung für sich und in eigenem Namen schloß. Sie versicherte den Gläubiger, daß sie das Geld, was sie von ihm borgte, für sich wolle. Hatte sie nun auch dabey die Absicht, es zum Nutzen ihres Man-

16) Exercitat. ad Pandect. Tom. I. Disputat. XXX. Th. 14.

17) S. *Franc.* DUARENUS in Commentar. in hunc Tit. Cap. 2. *Operum* pag. 986. *Iul.* PACIUS Legum conciliatar. *Centur.* IX. Qu. 66, *Io.* VOET Comment. h. t. §. 3. *Ant.* SCHULTING Thes. controversar. Decad. LVI. Th. 7. *Sam. de* COCCEJI Iur. civ. controv. h. t Qu. 5. POTHIER Pand. Iustinian. T I. h. t. Nr. XX. et not. e. Röslins Abh. von besondern weiblichen Rechten. 2. Th. S. 123. §. 28—31. *Christ. Lud.* CRELL Diss. de mutuo foeminae aliis crediturae dato §. 9. *Ern. Gottfr. Christ.* KLÜGEL Diss. de SCto Vellejano. §. 9. und *Christ. Ge. Otto* LASIUS Diss. de muliere debitoris liberandi causa sponte pecuniam mutuante, proque illo solvente ad usum beneficiorum muliebrium, non obstante creditoris scientia haud admittenda. *Ienae 1804.*

Mannes zu verwenden, z. B. ihm damit ein Geschenk zu machen, oder ihm etwas dafür zu kaufen, oder eine nöthige Reparatur davon zu bestreiten u. d. und war auch dem Gläubiger diese Absicht nicht unbekannt; so kann ihm nun doch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults nicht entgegen gesetzt werden. Denn Schulden für sich zu contrahiren, ist den Frauenspersonen nicht untersagt, sie mögen dann das Geld anwenden, zu welchem Zweck sie wollen [18]).

Geht nun aber eine Weibsperson wirklich mit einer Intercession um, und den Gläubiger soll seine Unwissenheit gegen die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults schützen; so ist es nicht genug, wenn er zu der Zeit, da er das Geschäft mit ihr schloß, von ihrer Absicht nichts wußte, sondern er muß sich auch noch zur Zeit der Auszahlung des Geldes in gleicher Unwissenheit befinden, wie Afrikan *L.* 19. §. 5. *D. h. t.* in folgendem Falle lehrt.

Cum haberes Titium debitorem, et pro eo mulier intercedere vellet, nec tu mulieris nomen propter Senatusconsultum sequereris, petiit a me mulier mutuam pecuniam, solutura tibi [19]): et stipulanti mihi pro-

18) *L.* 4. §. 1. *L.* 27. *pr. D. h. t.*

19) Es ist zwar keine Intercession, wenn eine Frauensperson für einen Schuldner Zahlung leistet; aber wenn sie auf Verlangen desselben, um seinen Gläubiger zu befriedigen, sich einem Dritten verbindlich macht, und von diesem das Geld zur Bezahlung aufborgt; so intercedirt sie allerdings, denn sie macht sich zur Schuldnerin, zwar nicht dem Gläubiger des Schuldners, aber doch um dieses Schuldners willen einem Dritten, um ihn von seiner Verbindlichkeit zu befreien. Sie ladet also in dieser Hinsicht eine fremde Verbindlichkeit auf sich. S. Cujacius Tractat. IV. ad Africanum ad h. L. 19.

promiſit [20]), ignoranti, in quam rem mutuaretur, atque ita numerare me tibi iuſſit: deinde ego, quia ad manum nummos non habebam, ſtipulanti tibi promiſi: Quaeſitum eſt, ſi eam pecuniam a muliere petam, an exceptio Senatusconſulti ei proſit? Reſpondit [21]), viden-

20) Das Geſchäft, welches die Frauensperſon hier ſchloß, beſtand alſo darin, ich ſollte ihr zur Bezahlung einer Schuld Geld darleihen, und es auf ihre Ordre dem Gläubiger ſelbſt auszahlen, ſie hingegen verſprach mittelſt der Stipulation, daß ſie mir das Geld wiederbezahlen wolle. Ich, mit ihrer Abſicht unbekannt, glaubte, ſie ſey das Geld ſelbſt dieſem Gläubiger ſchuldig, und vollzog den erhaltenen Auftrag; weil ich jedoch nicht gleich bey Gelde war, ſo verſprach ich nur vor der Hand dem Gläubiger, daß ich die Schuld bezahlen würde.

21) Cujaz a. a. O. glaubt, Afrikan führe hier blos Julians Meinung an, deſſen er vorher §. 1. *L. cit.* 19. gedacht hatte, und ſey hier von ihm abgewichen. Allein Afrikan ſchickt hier blos Gründe voraus, aus denen nach ſeiner Anſicht die aufgeworfene ſchwierige Frage zu entſcheiden ſeyn möchte. Es wäre doch in der That unbillig geweſen, wenn ich, der ich von dem allen, was zwiſchen der Frauensperſon, und dem Gläubiger des Titius vorgegangen war, nichts wußte, in Schaden gerathen ſollte. Es muß alſo entweder der Frauensperſon, wenn ich gegen ſie klage, die Einrede des Vellejaniſchen Senatusconſults verſagt werden, oder ich muß gegen den Gläubiger des Titius gedeckt ſeyn, und in dieſem letzten Falle könnte man den Grund brauchen, ich ſey als Bürge der Intercedentin anzuſehen. Denn auch dieſem ſteht ſo gut, als der Bürgin, die exceptio SCti Vellejani zu. Mit dieſer Einrede könnte ich mich ſchützen, wenn ich das Geld meinem Verſprechen gemäß noch nicht bezahlt habe, und der Gläubiger des Titius gegen mich auf die Bezahlung klagt. Habe ich hingegen das Geld dem erhaltenen Auftrage zu Folge ſchon ausgezahlt, ſo

könnte

dendum, ne non ſine ratione dicatur, eius loco, qui pro muliere fideiuſſerit, haberi me debere: ut, quemadmodum illi, quamvis ignoraverit, mulierem intercedere, exceptio adverſus creditorem detur, ne in mulierem mandati actio competat, ita mihi quoque adverſus te utilis exceptio detur, mihique in mulierem actio denegetur, quando haec actio periculo mulieris futura ſit. Et haec paulo expeditius dicenda [22]), ſi prius,

könnte ich, wenn ſich die Intercedentin der Einrede des Velleja-niſchen Senatusconſults gegen mich bedient, das Geld, was ich aus einem Irrthum bezahlt hatte, von dem Gläubiger des Titius zurückfordern. Dies ſcheint die Gedankenfolge geweſen zu ſeyn, welche ſich dem über dieſen verwickelten Fall nachdenkenden Geiſte des Afrikans aufdrängte. S. POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom I. h. t. Nr. XVI. not. c. pag. 440.

22) In dieſen Worten ſchreitet nun Afrikan zur Entſcheidung der aufgeworfenen Frage näher. Er unterſcheidet zwey Fälle. I) Ich, der ich mit der Frauensperſon contrahirte, ohne zu wiſſen, daß eine Interceſſion im Werke ſey, erfuhr nachher die ganze Sache, und zwar noch ehe ich, ihrem Auftrage gemäß, dem Gläubiger des Titius, zu deſſen Gunſten der ganze Handel war geſchloſſen worden, das Geld auszahlte. Hier läßt ſich ohne Bedenken behaupten, (*paulo expeditius* dicenda) daß der Frauensperſon die Einrede des Senatusconſults gegen mich zuſtehe, wenn ich gegen ſie auf die Wiederbezahlung des Anlehns klage. Denn man kann es mir mit Recht zur Laſt legen, daß ich das Geld dennoch an den Gläubiger auszahlte, da ich doch nun erfahren hatte, daß unter dem ganzen Handel eine dem Senatusconſult zuwider laufende Bürgſchaft ſtecke. II. Ich wuſte zu der Zeit, als ich das Geld auszahlte, von der verſteckten Interceſſion noch nichts. Hier kann ſich die Frauensperſon gegen mich nicht auf das Senatusconſult berufen, dem nur ſie, nicht aber ich, zuwider gehandelt hat. S. POTHIER cit. loc. not. d.

prius, quam ego tibi pecuniam ſolverim, compererim eam interceſſiſſe. Caeterum ſi ante ſolverim, videndum, utrumne nihilominus mulieri quidem exceptio adverſus me dari debeat, et ego tibi condicere pecuniam poſſim: an vero perinde habendum ſit, ac initio ego pecuniam mulieri credidiſſem, ac rurſus tu mihi in creditum iſſes [23]). Quod quidem magis dicendum exiſti-

23) *Anton* FABER Rational. ad h. L. erklärt die Worte: *tu mihi in creditum iſſes* ſo: mihi pecuniam ex cauſa crediti debere coepiſſes. Allein es heißt vielmehr ſoviel als: tu mihi pecuniam credidiſſes, wie Cujaz a a. O. und Pothier a. a. O. Not. f. erklären. Dies beſtätigt auch der hier von einer Delegation hergenommene Grund. Afrikan ſucht hier nämlich dem Falle eine ſolche Stellung zu geben, als ob ich gleichſam wie ein von der Frauensperſon delegirter Schuldner anzuſehen ſey. Allein dieſer Grund iſt, wie auch Cujaz bemerkt, ganz unpaſſend. Ich war hier eben ſo wenig ein Schuldner der Frauensperſon, als der von ihr ertheilte Auftrag eine Delegation genennt werden kann. Es wird daher auch dieſer Grund in den nachfolgenden Worten ſelbſt als unpaſſend wieder zurückgenommen. Denn durch Delegation ihres Schuldners übernimmt eine Frauensperſon keine fremde Verbindlichkeit, wie doch die Frauensperſon in dem Falle, wovon das Geſetz ſpricht, auf ſich geladen hatte. Cujaz a. a. O. glaubt, daß auch hier von einer Meinung Julians die Rede ſey. Es mag indeſſen von Afrikans oder Julians Meinung die Rede ſeyn, ſo ſtellt dieſes Geſetz ein merkwürdiges Beiſpiel einer Variation auf. Die griechiſchen Ausleger haben ſich in dieſe ſchwierige Stelle eben ſo wenig, als die lateiniſchen, zu finden gewußt. In den *Baſilicis* Tom. IV. pag. 194. heißt es: Εἰ δὲ ἀγνοῶν καταβάλω, ἐγὼ ἀναλαμβάνω· ἡ γὰρ γυνὴ παραγράφεται με. ἔνθα δὲ ἴδιον χρεώστην δώσει, ἀντ' αὐτῆς μὴ γενομένη ὑπέρ ἄλλου ἔνοχος, ἄρχει τὸ δογμα. i. e. *Si vero ignorans ſolvero, condicam*

existimavit, ut sic Senatusconsulto locus non sit: si cuti et cum debitorem suum mulier deleget, intercessioni locus non sit. Quae postea non recte comparari ait, quando delegatione debitoris facta, mulier non obligatur, at in proposito alienam obligationem in se transtulerit: quod certe Senatus fieri noluerit.

2) Unwürdig der Wohlthat des Senatusconsults ist auch diejenige Weibsperson, welche an einem Verbrechen Theil genommen, und hierdurch eine Correalverbindlichkeit contrahirt hat [24]).

3) Wenn sie ihre Intercession für die nämliche Schuld nach zwey Jahren wiederholt hat. Hierher gehört die merkwürdige Verordnung des Kaisers **Justinian** *L.* 22. *Cod. h. t.*

Si mulier perfectae aetatis constituta post intercessionem, vel cautionem conscripserit, vel pignus, aut intercessorem praestiterit: sancimus, antiqua legum varietate cessante, siquidem intra biennale iuge tempus, post priorem cautionem numerandum, pro eadem causa fecerit cautionem, vel pignus aut intercessorem dederit: nihil sibi praeiudicare, quod adhuc ex consequentia suae fragilitatis in secundam iacturam inciderit. Sin autem post biennium haec fecerit: sibi impu-

dicam tibi: mulier enim exceptione adversus me utetur. Si vero debitorem suum mulier deleget, nec pro alio obligata sit, cessat Senatusconsultum.

24) Arg. *L.* 2. §. 3. *D. h. t.* S. Röslins Abhandl. von besondern weiblichen Rechten 2. Band S. 136. §. 39. und *Henr. Christ.* GERCKE Diss. de limitibus SCti Vellejani. §. 32.

imputet, ſi, quod ſaepius cogitare poterat et evitare, non fecit, ſed ultro firmavit: videtur etenim ex huiusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione ſe illigare, ſed pro ſua cauſa aliquid agere, et tam ex ſecunda cautione ſeſe obnoxiam facere, in quantum hoc fecit, quam pignus aut interceſſorem utiliter dare.

Das Geſetz nimmt hier als Grund an, daß eine Frauensperſon, welche nach zwey Jahren ihre Interceſſion wiederholt hat, in einer ſo langen Zeit wohl habe über die Wichtigkeit des eingegangenen Geſchäfts nachdenken können. Man kann alſo hier nicht mehr ſagen, was das Senatusconſult annimmt, ſie ſey durch ihre Gutmüthigkeit und Leichtſinn zur Interceſſion verleitet worden. Man muß vielmehr vermuthen, ſie werde ſich unterdeſſen beſſer haben belehren laſſen. Hat ſie nun dennoch aufs neue für die nämliche Schuld gut geſagt, und ſie wollte ſich auf das Senatusconſult berufen, ſo würde ſie ja eine betrügeriſche Abſicht verrathen. Sollte ſie aber dennoch auch das zweyte Mal ohne weitere Ueberlegung und abermals aus bloßem Leichtſinn intercedirt haben, ſo büßt ſie mit Recht für ihre Schuld, und iſt daher auf jeden Fall der Wohlthat des Vellejaniſchen Senatusconſults unwürdig.

Das Geſetz ſetzt übrigens voraus, 1) daß die Intercedentin bereits die Großjährigkeit erreicht habe, und zwar nicht etwa blos zu der Zeit, da ſie ihre Interceſſion wiederholte, ſondern ſie muß auch ſchon bey Eingehung der erſten volljährig geweſen ſeyn. Wäre alſo die erſte Interceſſion während der Minderjährigkeit geſchehen, ſo iſt die Wiederholung ohne Wirkung, wenn ſie auch nach erreichter Volljährigkeit geſchehen wäre. Denn minderjährige

Frauens-

Frauensperſonen bedürfen des Senatusconſults nicht, weil ſie ſchon durch die prätoriſche Rechtswohlthat gedeckt ſind [25]). 2) Es darf auch die erſte Interceſſion nicht an ſich nichtig ſeyn, ſie muß keinen andern Fehler haben, auſſer dem, daß ſie weiblich iſt. Da nun die Interceſſion einer Ehefrau für ihren Mann ſchon von Rechtswegen null und nichtig iſt, ſo kann ſie auch durch keine Wiederholung gültig werden [26]). Es muß alſo 3) ein ſolcher Fall hier unterſtellt werden, wo die Interceſſion für einen andern Schuldner, als der Intercedentin Ehemann, geſchehen iſt [27]). 4) Die erſte Interceſſion muß auch in einem öffentlichen und von drey Zeugen unterſchriebenen Inſtrument geſchehen ſeyn. Zwar iſt in der *L.* 22. *C. h. t.* keine Form der Interceſſion beſtimmt. Allein da nach der neuern Verordnung des Kaiſers Juſtinian *L.* 23. *Cod. eodem* ohne jene Form eine weibliche Interceſſion ipſo iure nichtig iſt, ſo muß ſie nothwendig hier vorausgeſetzt werden [28]). 5) Die Wiederholung muß in keiner bloßen Genehmigung und Anerkennung der erſten Interceſſion beſtehen, ſondern es muß eine zweyte wirkliche und förmliche Interceſſion geſchehen, ſie mag nun

25) S. *Iuſt. Hexn.* BOEHMER Diſſ. de efficaci mulierum interceſſione. Cap. II. §. 9. und *Chriſt. Gottl.* BIENER de fideiuſſione mulierum quaeſtiones. Cap. II. pag. 17.

26) *Novell. CXXXIV. cap. 8.*

27) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23.

28) S. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4141. WERNHER Lectiſſim. Commentat. in Pand. h. t. §. 11. Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen §. 838. Not. 3.

nun übrigens die nämliche Art der Intercession seyn, wie die erstere, oder eine andere [29]). Es beweisen dies nicht nur die Worte: post priorem cautionem — pro eadem causa fecerit *cautionem*, vel *pignus*, aut *intercessorem* dederit; sondern **Justinian** hat sich darüber auch noch an einem andern Orte, nämlich Novelle 61. Kap. 1. §. 1. et 2. deutlicher erklärt, wo er sagt: biennio elapso *aliam rursus confessionem scribendam esse, quae consensum confirmet*, et tum ratum esse, quod factum sit. Ohne eine ausdrücklich wiederholte Intercession würde also die bloße Bezahlung der Zinsen [30]), oder eines Theils vom Kapital, so wenig, als die Bezahlung der ganzen Schuld die Wohlthat das Vellejanischen Senatusconsults ausschließen. 6) Die zweyte Intercession muß für die nämliche Schuld geschehen, wenn auch nicht gerade der nämliche Gläubiger oder Schuldner mehr da wäre, der es bey der ersten Intercession war. Denn die Personen können sich unterdessen durch Todesfälle, Delegationen oder Cessionen verändert haben. Das Gesetz nimmt hierauf eben so wenig Rücksicht, als auf die Eigenschaft der Schuld; diese sey eine privilegirte oder nichtprivilegirte; sie sey es anfänglich gewesen, oder erst nachher durch Novation geworden [31]). Es muß endlich 7) zwischen der ersten und zweyten Intercession ein voller Zeitraum von zwey Jahren verlaufen seyn. Hätte die Intercedentin vor Ablauf dieser Zeit ihre Intercession

29) S. Röslins angef. Abh. 2. Th. S. 147. §. 50. GERCKE cit. Commentat. §. 22.

30) Anderer Meinung ist MEVIUS Tom. II. Part. VI. Decis. 299.

31) S. Röslins angef. Abh. S. 151. §. 52 — 54.

cession auch noch so oft wiederholt, so würde ihr dieses, nach den ausdrücklichen Worten des Gesetzes, auf keine Weise nachtheilig seyn. Sind diese Erfordernisse vorhanden, so wird dadurch die erste Intercession dergestalt bestärkt, daß nun die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults dem Gläubiger nicht mehr entgegengesetzt werden kann. Fast alle Rechtsgelehrten [32]) behaupten zwar, die Wiederholung wirke nicht auf den Anfang der ersten Intercession zurück, sondern die Wirksamkeit des Geschäfts nehme erst von Zeit der zweyten Intercession ihren Anfang. Es ist nicht zu läugnen, daß dies allerdings einen praktischen Unterschied macht, z. B. wenn von dem Vorzuge der Hypothek bey einem entstandenen Concurs, oder von dem Anfang der Zinsenberechnung die Rede ist. Nun scheinen zwar die letzteren Worte des angeführten Gesetzes: et tam *ex secunda cautione se obnoxiam facere*, in quantum hoc fecit, quam pignus aut intercessorem utiliter dare, jene Meinung zu begünstigen; allein betrachtet man nur die Sache aus dem rechten Gesichtspunkte, so verschwindet aller Zweifel. Es ist bereits oben (§. 923.) bemerkt worden, daß der Vellejanische Rathsschluß die weiblichen Intercessionen nicht schlechterdings für nichtig erkläre, sondern sie sollen, nach der Vorschrift desselben, nur eine ope exceptionis unwirksame

32) *Io. Iac.* WISSENBACH Commentar. in libros VII. prior. Cod. ad L. 22. Cod. h. t. pag. 270. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXI. Th. 10. not. g. nr. V. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. §. 23 BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione Cap. II. §. 9. not. r. WERNHER lectissim. Commentat. in Pand. h. t. §. 11. GERCKE Commentat. de limitibus Scti Vellejani. §. 23 BIENER de fideiussione mulierum quaestiones Cap. 2. pag 13. sq.

me Verbindlichkeit erzeugen. Wird also eine Weibsperson aus ihrer Intercession belangt, so setzt sie dem Gläubiger die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults entgegen. Nun hat sie aber nach zwey Jahren ihre Intercession wiederholt, was kann denn nun wohl diese zweyte Intercession für eine andere Folge haben, als die, daß dadurch blos die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults ausgeschlossen wird [33])? Ganz dem Geist des Gesetzes gemäß, sagt daher **Franz Duaren** [34]: Secundum JUSTINIANI constitutionem propter hanc geminatam cautionem mulierem amisisse *exceptionem Senatusconsulti*, si modo iterum caverit post lapsum biennii; und anders haben auch die Griechen **Justinians** Verordnung nicht verstanden. In den Basiliken [35]) lautet sie folgendermassen: Εαν' ἀντιφωνήσασα γυνή, μετά δύο ἔτη τῆς ἀντιφωνήσεως, εἰς δεύτερον ἐπερωτηθῇ, ἢ ἐγγυητήν παράσχῃ, ἐκπίπτει τῆς ἀπό τ̃ δόγματος βοηθείας. i. e. *Si mulier, quae pro alio intercessit, post biennium denuo se obligaverit, vel satisdederit, denegatur ei auxilium Senatusconsulti.* Da also die erste Intercession durch die zweyte blos bekräftiget und wirksam gemacht wird, so richtet sich auch die zweyte nach der Größe der Schuld, für welche die erste Intercession geschehen war, wenn auch die zweyte

33) S. Röslins angeführte Abhandlung 2. Th. S. 154. ff. §. 56—61. und Thibaut System des Pandectenrechts 2. Bd. §. 947. S. 337. H. Hiermit stimmt auch *Io.* SICHARD in Praelect. in Cod. ad h. Tit. pag. 1145. überein.

34) Commentar. ad h. Tit. Cap. 2. pag. 990.

35) Tom. IV. Lib. XXVI. Tit. 7. Constit. 86. pag. 203.

von ausgedehnterem Umfange seyn sollte. Denn insofern sie die Summe der erstern Intercession übersteigt, würde sie keine wiederholte, sondern eine erste Intercession seyn. Es darf aber auch die Schuld, wofür die erste Intercession geschahe, nicht innerhalb den zwey Jahren durch eine zweyte vergrößert worden seyn. Auf diese erstreckt sich die zweyte Intercession nicht, weil hier nicht eadem causa mehr seyn würde. Ein anders ist es, wenn die Schuld unterdessen blos durch die Zinsen vergrößert worden ist. Denn diese sind nur als ein Zuwachs des Kapitals anzusehen. Auch würde der Fall auszunehmen seyn, wenn eine Frauensperson für Jemanden bey einem Kaufmann gut gesagt hätte, daß er ihm die Waaren, welche er aus seiner Handlung nehmen wird, auf Credit geben solle [36]).

II. Wenn der Forderung des Gläubigers in den Gesetzen ein stärkeres Privilegium beygelegt ist, als daß dagegen die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults mit Wirkung vorgeschützt werden kann. Dahin gehört,

1) wenn der Gläubiger ein Minderjähriger ist, und dieser von dem Hauptschuldner seine Bezahlung nicht erhalten kann.

L. 12. *D. de minoribus.* Si apud minorem mulier pro alio intercesserit, non est ei actio in mulierem danda: sed perinde atque caeteri, per exceptionem summoveri debet: scilicet, quia communi iure in priorem debitorem ei actio restituitur. Haec, *si solvendo sit prior debitor: alioquin mulier non utetur Senatusconsulti auxilio.*

Nach

36) S. Röslins angef. Abh. 2. Th. S. 153. f. §. 54.

Nach den deutlichen Worten dieses Gesetzes hat es zwar keinen Zweifel, daß der Minderjährige sich zuerst an den Schuldner halten müsse, und, so lange dieser nicht ausgeklagt ist, auch einem minderjährigen Gläubiger die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses entgegengesetzt werden könne, es sey von einer bloßen Bürgschaft, oder von einer Expromission die Rede [37]). Allein es fragt sich, wenn eine Frauensperson zugleich mit andern Bürgen für die Schuld gutgesagt hätte, ob nicht auch diese vorher zu belangen sind, ehe die Intercedentin mit Wirkung in Anspruch genommen werden kann? Man kann dieses mit vollkommenen Grund behaupten [38]). Zwar redet das Gesetz ausdrücklich nur vom Schuldner. Allein der Grund desselben, weil dem Gläubiger schon nach dem gemeinen Rechte die Klage gegen den Schuldner restituirt werde, paßt auch auf die Bürgen, gegen welche die Klage ebenfalls restituirt wird, wie aus *L.* 14. *D. h. t.* erhellet, wo Julian sagt: Si mulier contra Senatusconsultum intercesserit, aequum est, non solum in veterem debitorem, *sed et in fideiussores eius actionem restitui*; nam cum mulieris persona subtrahatur, creditori propter Senatusconsultum integra causa pristina restituenda est. Wenn also der Minderjährige weder vom Hauptschuldner noch dessen Bürgen seine Befriedigung erhalten kann, so wird er gegen das Vellejanische Senatusconsult restituirt, quia magis aetatis ratio, quam Senatusconsulti habetur, wie Ulpian

37) S. Röslins Abh. 2. Th. S. 109. f. §. 17.

38) S. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 73. §. 2. GERCKE Commentat. de limitibus SCti Vellejani §. 34. und Röslin a. a. O. §. 18.

Ulpian sagt *L.* 11. §. *ult. D. de minorib.* und auch selbst dann, wenn er gegen seine Vormünder einen Regreß haben sollte [39]). Man will zwar dieses auch auf andere anwenden, welche die Rechte der Minderjährigen genießen [40]). Allein ist ein besonderes Recht blos nach dem Beyspiel eines andern eingeführt worden, so stehet es der eigenen Rechtswohlthat des andern nach, sie mag in der Minderjährigkeit, oder in einem Senatusconsultum gegründet seyn [41]).

2) Wenn eine Frauensperson bey der Manumission eines Sklaven für einen gewissen Lossagungspreis zu stehen versprach. Hier wird ihr aus Begünstigung der Freiheit die Hülfe des Vellejanischen Senatusconsults versagt [42]); aber doch auch nur dann, wenn die dem Patron gegen den Freygelassenen gestattete actio ex stipulatu oder die prätorische actio in factum, wegen der Insolvenz des Letztern fruchtlos war angestellet worden [43]). Das Gesetz sagt zwar, *teneri eam recte omnimodo*, Senatusconsultum Velle-

39) *L. 3. Cod. Si tutor. vel curator. intervenerit.* Anderer Meinung sind zwar Röslin a. a. O. §. 19. und PUFENDORF c. l. §. 3. Allein man sehe den 5. Th. dieses Commentars §. 436. S. 421. ff. und Thibaut Syst. des P. R. 2. B. § 947. C.

40) PUFENDORF c. l. Röslin a. a. O. §. 17. und GERCKEN cit. Commentat. §. 35.

41) S. den 2. Theil dieses Commentars §. 105. S. 27.

42) *L. 24. Cod. h. t.*

43) *L. 3. Cod. An servus pro suo facto. L. 6. D. de dolo malo.* S. *Franc.* RAGUELLUS in Commentar. ad Decision. Iustin. ad L. penult. Cod h. t. pag. 237. Anderer Meinung ist jedoch *Em.* MERILLIUS in Exposit. in L. Decision. Iustin. ad L. eand.

Vellejanum in hoc caſu tacere imperantes; allein der beygefügte Grund: Satis enim acerbum eſt, et pietatis rationi contrarium, dominum ſervi, qui credidit mulieri, ſive ſoli, ſive poſt ſervi promiſſionem, et libertatem ſervo imponere, et ſuum famulum perdere, et ea minime accipere, quibus fretus ad eiusmodi venit liberalitatem, beweiſen jene Einſchränkung.

3) Wenn die Interceſſion für das Verſprechen eines Heyrathsguts geſchehen iſt.

L. 25. *Cod. h. t.* Generaliter ſancimus, ut ſi quis maior viginti quinque annis, ſive maſculus, ſive *femina*, *dotem pollicitus ſit*, vel *ſpoponderit pro qualibet muliere*, *cum qua matrimonium licitum eſt*, omnimodo compellatur ſuam confeſſionem adimplere: *neque enim ferendum eſt*, *quaſi caſu fortuito interveniente mulierem fieri indotatam*, *et ſic a viro forſitan repelli*, *et diſtrahi matrimonium.* Cum enim ſcimus, *favore dotium* et antiquos iuris conditores ſeveritatem legis ſaepius mollire: *merito et nos ad huiusmodi venimus ſanctionem.* Nam ſi ſponte voluntate ab initio liberalitatem ſuam oſtendit, neceſſe eſt eum, vel eam ſuis promiſſionibus ſatisfacere: ut quod ab initio ſponte ſcriptum, aut in pollicitationem deductum eſt, hoc ab invitis poſtea compleatur: *omni auctoritate Vellejani Senatusconſulti in hac cauſa ceſſante.*

Schon vor **Juſtinian** ſcheint es zwar Rechtens geweſen zu ſeyn, daß gegen das Verſprechen eines Heyrathsguts das Vellejaniſche Senatusconſultum keine Ausflucht gewähren ſölle. Vielleicht war aber doch das Heyrathsgut noch nicht in dem Umfange privilegirt, daß jede Frauensperſon,

person, welche sich für ein solches Versprechen verpflichtet hatte, von der Anrufung des Senatusconsults ausgeschlossen war [44]). In dem Rescript, welches die Kaiser **Valerianus** und **Gallienus** *L.* 12. *Cod. eodem* deshalb erlassen hatten, war wenigstens nur von einer Mutter die Rede, welche ihre Sachen für das Heyrathsgut ihrer Tochter dem Schwiegersohn verpfändet hatte. Es heißt nämlich daselbst: Si dotare filiam volens, genero res tuas obligasti, pertinere ad te beneficium SCti falso putas. *Hanc enim causam ab eo beneficio esse removendam, prudentes viri putaverunt.* **Justinian** aber dehnte dieses Privilegium auf alle Fälle aus, wo eine Frauensperson für ein Heyrathsgut intercedirt hätte, wenn es auch gleich nicht gerade von einer Mutter gegen ihren Tochtermann geschehen wäre. Mehrere Rechtsgelehrten [45]) wollen zwar **Justinians** Verordnung nur auf den Fall einschränken, wenn das Versprechen der Brautgabe noch vor Schließung der Ehe geschehen, und gleichsam als die causa matrimonii anzusehen ist. Wäre also die Ehe ohne alles Versprechen eines Brautschatzes vollzogen worden, und erst während derselben von einer Frauensperson die Intercession für ein Heyrathsgut geschehen, so finde das Vellejanische Senatusconsultum seine Anwendung, weil hier der Ehemann nicht sagen könne, er sey hintergangen worden.

Allein

44) S. Röslin a. a. O. §. 21. S. 117 ff. GERCKE cit. Commentat. de limitib. SCti Vellejani. §. 35.

45) *Ant.* FABER Cod. definition. forens. Lib. IV. Tit. 21. Definit 14. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXI. Th. 12. not. *a*. nr. l. *Ant.* PEREZ Praelect. in Codic. h. t. nr. 22. und WERNHER lectissim. Commentationes in Pand. h. t. §. 16.

Allein diese Einschränkung einer in ihrer Fassung ganz allgemein lautenden Verordnung ist offenbar ungegründet [46]). Der favor dotium, welcher hier als der Grund des Gesetzes angeführt wird, ist der nämliche, das Heyrathsgut mag vor oder nach vollzogener Ehe bestellt werden. Immer bleibt es wahr, was **Pomponius** sagt *L.* 1. *D. Soluto matrimonio*: Dotium causa semper et ubique praecipua est: nam et publice interest, dotes mulieribus conservari, cum dotatas esse foeminas ad sobolem procreandam replendamque liberis civitatem, maxime sit necessarium. Ob aber nach diesem Gesetz nur dann kein weiteres Berufen auf das Vellejanische Senatusconsult Statt haben soll, wenn der Hauptschuldner, der das Heyrathsgut versprochen hat, dasselbe zu bezahlen ausser Stand ist, bestimmt das Gesetz ausdrücklich nicht. Es scheint also bey der Regel des damaligen Rechts geblieben zu seyn, nach welcher es in der Willkühr des Gläubigers stand, wen er zuerst belangen wollte [47]). Die Worte: *omni auctoritate Velleiani SCti in hac causa cessante* geben dieses auch wohl nicht undeutlich zu verstehen. Allein seitdem **Justinian** nachher durch die Novelle 4. Kap. 1. das beneficium ordinis allgemein eingeführt hat, kann dieses auch wohl einer Frauensperson in den Fällen, da sie aus ihrer Intercession verbindlich wird, nicht abgespro-

46) S. BACHOVIUS ad Treutlerum Vol. I. Diss. XXV. Th. 16. BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione Cap. II. §. 8. not. o. Röslin a. a. O. GERCKE cit. Commentat. §. 35.

47) *L.* 2. *L.* 3. *L.* 5. *L.* 21. *Cod. de fideiussor.* *Eberh. Christph.* CANZ Diss. de beneficio ordinis s. excussionis. *Tubingae* 1770. §. 4.

sprochen werden [48]). Mehrere Privilegien gegen den Vellejanischen Senatsschluß giebt es nicht, und eine willkührliche Ausdehnung findet auch nach der Natur der Privilegien nicht statt. Es ist daher ganz unrichtig, wenn mehrere Rechtsgelehrten [49]) der donatio propter nuptias, den Alimenten, den Stipendien, und überhaupt allen piis causis und corporibus ein gleiches Vorrecht einräumen wollen [50]). Streitiger ist die Frage, ob in den angeführten privilegirten Fällen die Intercession auch dann gültig sey, wenn sie gleich in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist, oder ob zur Gültigkeit derselben ein öffentliches Instrument erfordert werde? Viele [51]) glauben, die *L.* 23 *Cod. h. t.* gehe nur auf diejenigen Fälle, in welchen schon vor dieser Verordnung das Senatusconsultum Statt

48) S. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 16. in fin.

49) VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 11. MEVIUS Part. III. Decis. 85. BRUNNEMANN Commentar. ad L. 16. Dig. h. t. nr. 5. et L. 12. Cod. eodem. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXI. Th. 12. BERGER Oecon. iur. Lib. III. Tit. 3. Th. 8. nr. 8. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXIX. medit. 4.

50) S. Röslin a. a. O. §. 22. u. 23. S. 119. f. KLÜGEL Diss. de SCto Vellejano §. 15. GERCKE cit. Comment. §. 36.

51) *Franc.* RAGUELLUS in Commentar. ad Constitut. et Decision. Iustiniani ad L. 23. Cod. §. Ne autem h. t. pag. 236. sq. Ge. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 35. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandectar. h. t. § 10. BOEHMER Diss. de efficaci mulierum interceſſione. Cap I. §. 7. not. cc. Röslins angef. Abh. 2. Th. S. 185—190. §. 89—95. und Höpfner im Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 838. Not. 3. S. 890 f.

Statt hatte, in den Fällen aber, wo schon vorher die Einrede desselben wegfiel, werde ein öffentliches Instrument zur Gültigkeit der Intercession auch jetzt nicht erfordert. Sie glauben daher, daß jene Frage um so mehr verneint werden müsse, da nicht wohl anzunehmen sey, daß **Justinian** die angeführten Privilegien gegen den Vellejanischen Rathsschluß durch eine Verordnung habe aufheben wollen, welche in der Ordnung, in welcher sie in dem Codex erscheint, älter, als diejenigen zu seyn scheint, wodurch diese Privilegien bestätiget worden sind. Dieser Meinung war auch unter den Glossatoren **Bulgarus** [52]). Allein schon der Glossator **Martin** behauptete dagegen richtiger, daß **Justinian** *L.* 23. *Cod. cit.* jede weibliche Intercession, auch die schon vorher gültig gewesene, für durchaus nichtig erklärt habe, wenn sie in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist. Nach dieser Verordnung sollen alle sowohl ältere als neuere Gesetze ihre Modification erhalten [53]). Selbst der Minderjährige leidet daher unter dieser Vorschrift [54]); und auf gleiche Art sind auch die übrigen Privilegien der *L.* 24. und 25. *C. h. t.* zu modificiren. Denn soll ein für allemal eine weibliche Intercession, welche nicht in einem öffentlichen Instrument geschehen ist, für nicht geschehen gehalten werden, wie kann denn noch eine Klage wegen einer solchen Bürgschaft Statt finden? Die L. 24. und 25. *C. h. t.* scheinen freylich nach der Ordnung ihrer Stellung neuer, als jene Verordnung, zu seyn; allein es ist ja auch nichts neues, wie **Paulus** sagt *L.* 26.

52) S. die Glosse ad L. 23. C. h. t.

53) Man sehe die Worte der L. 23. oben S. 457.

54) S. Thibaut System des Pandect. Rechts 2. Th. §. 948.

L. 26. *D. de Legibus*, ut priores leges ad posterioret trahantur.

III. Wenn eine Frauensperson von der Intercession keinen Schaden hat. Dahin gehört,

1) wenn das Geld, für dessen Wiederbezahlung sie dem Gläubiger bürgte, zu ihrem Nutzen verwendet worden ist.

L. 21. *pr. D. h. t.* Si pro aliquo mulier intercesserit, sed *in rem eius*, *quod acceptum est*, *versaretur*, exceptio SCti locum non habet, *quia non fit pauperior.*

2) Wenn sie das Geld zur Befriedigung des Gläubigers von dem Schuldner empfangen hat.

L. 16. *pr. D. h. t* Si mulier contra SCtum Vellejanum pro me intercessisset Titio, egoque mulieri id solvissem, et ab ea Titius eam pecuniam peteret, exceptio SCti non est profutura mulieri: neque enim eam periclitari, ne eam pecuniam perdat, cum iam eam habeat.

L. 22. *D. eodem.* Si mulieri dederim pecuniam, ut eam creditori meo solvat, vel expromittat, si ea expromiserit, locum non esse SCto, POMPONIUS scribit: quia mandati actione obligata, *in rem suam* videtur obligari.

3) Wenn sie dem Schuldner, für welchen sie intercedirte, eine eben so große oder wohl noch größere Summe schuldig ist. Hier kann sie sich der Exception des Senatusconsults eben so wenig bedienen, als wenn sie von ihrem Gläubiger delegirt worden ist.

L. 2 *Cod. h. t.* Senatusconsulti exceptio tunc mulieri datur, cum principaliter ipsa nihil debet, sed pro

alio

alio debitore apud creditorem eius interceſſit. Sin autem *pro creditore ſuo alii obligaverit*, vel ab eo ſe vel debitorem ſuum delegari paſſa eſt, huius Senatusconſulti auxilium non habet.

4) Wenn ſie Erbin des Hauptſchuldners geworden iſt. Denn hier hat ſie kein Intereſſe, weil ſie auf jeden Fall als Erbin haften müßte.

L. 8. §. 13. *D. h. t.* Plane ſi mihi proponas, mulierem veteri debitori ſucceſſiſſe, dicendum erit, *reſtitutoria* eam conveniri poſſe. Sed et *directa actione*[55]: nihil enim eius intereſt, qua actione conveniatur.

5) Wenn ſie für ihre Interceſſion eine der Größe der übernommenen Gefahr angemeſſene Belohnung erhalten hat. Das bereits oben angeführte Geſetz, *L.* 23. *Cod. h. t.* beſtimmt zwar über die Größe der Belohnung nichts, ſondern ſagt ganz allgemein:

Sancimus, mulierem, ſi interceſſerit, ſive ab initio, ſive poſtea *aliquid accipiens*, ut ſeſe interponat, omnimodo teneri, et non poſſe SCti Vellejani uti auxilio.

Daher ſind hierüber die Rechtsgelehrten ſehr verſchiedener Meinung. Einige[56]) halten auch eine ganz geringe

55) Dieſe *actio directa* iſt hier die aus der Interceſſion entſpringende Klage. Da das Geſetz einen ſolchen Fall vorausſetzt, wo durch die Interceſſion die Verbindlichkeit des Hauptſchuldners nach dem ſtrengen Recht war aufgehoben worden; ſo erlöſcht die Klage gegen die Intercedentin auch nach der Antretung der Erbſchaft des Schuldners nicht. Daraus läßt ſich die hier dem Gläubiger geſtattete Wahl erklären. S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L.

56) S. *Hug.* DONELLUS Commentar. iur. civ. Lib. XII. cap. 32. §. *Tertium.* *Io.* VOET Commentar. h. t. §. 11. *Io.* BRUNNE-

MANN

ge Belohnung schon für hinreichend, die Intercedentin deswegen ihrer Rechtswohlthat für verlustig zu erklären. Sie glauben, der Grund des Gesetzes sey, weil sie aus Gewinnsucht sich der Gefahr ausgesetzt habe, das Ihrige zu verliehren, so sey sie der Rechtswohlthat für unwürdig zu halten. Andere [57]) erfordern dagegen eine der übernommenen Verbindlichkeit gleich kommende Belohnung. Allein da das Gesetz hierüber nichts bestimmt hat, so ist die Sache lediglich dem billigen Ermessen des Richters anheim zu stellen, welcher hierbey auf das Verhältniß der Schuld, die Umstände des Schuldners, und die Art der Intercession Rücksicht zu nehmen hat, um darnach zu beurtheilen, theils ob etwa eine Argliſt des Gläubigers darunter versteckt sey, theils ob die empfangene Belohnung auch der Größe der übernommenen Gefahr angemessen sey [58]). So wenig nun jede Kleinigkeit den Richter bestimmen wird, die Intercedentin ihrer Rechtswohlthat für verlustig zu erklären; so wenig ist doch auch Grund vorhanden, warum die Belohnung gerade der Schuldsumme gleich kommen müsse, da das Gesetz dieses nicht erfordert. Ob sie übrigens die Belohnung von dem Gläubiger oder dem

MANN Comm. ad L. 16. D. h. t. nr. 2. und GERCKE cit. Commentat. §. 19.

57) *Io.* ZANGER Tr. de exceptionib. P. III. Cap. XI. nr. 145. *Io. Pet. de* LUDEWIG Diss. de SCto Vellejano in Germ. exule Diff. 4. not. I.

58) S. *Io. Iac.* WISSENBACH Comment. in Cod. ad L. 23. C. h. t. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pandect. h. t. §. 22. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. T. I. h. t. §. 7. Röslins Abh. von bes. weibl. Rechten 2. Th. S. 138. §. 41. und Thibaut System des Pandectenrechts. 2. Th. §. 947. lit. G.

dem Schuldner erhielt, ist gleichviel, wenn sie solche nur um der Intercession willen empfing, sie mag sie dann gleich anfangs, oder erst nachher erhalten haben, wenn nur in dem letztern Falle wenigstens ein Versprechen vorausging, welches der Frauensperson in der Absicht geschahe, eine Bürgschaft dafür zu übernehmen. Auf solche Art enthalten die Worte: sive *ab initio*, sive *postea aliquid accipiens, ut sese interponat*, keinen widersprechenden Sinn, und eine Emendation ist daher nicht nöthig [59]). Merkwürdig ist es aber, daß in diesem Falle die Bürgschaft gilt, wenn sie auch in keinem öffentlichen Instrument geschehen ist. **Justinian** sagt: Sive *sine scriptis*, sive per scripturam sese interposuerit Nur der Unterschied findet jedoch statt, daß wenn die Intercedentin in einem öffentlichen und von drey Zeugen unterschriebenen Instrument bekannt hat, daß sie für ihre Intercession eine Belohnung erhalten habe, diese Urkunde gegen sie einen vollkommenen Beweis ausmacht; jedoch wird der Gegenbeweis,

59) Röslin a. a. O. §. 43. S. 140. meint zwar, die Construction sey falsch, wenn man das POSTEA, nicht eben so, wie das *ab initio*, auf interceſſerit beziehe. Die Belohnung müsse ja den Anlaß zur Bürgschaft gegeben haben. Nun wäre es aber widersinnig, zu sagen: Wenn eine Weibsperson intercedirt hat, und nachher etwas empfängt, damit sie intercedire. Man müsse also nach POSTEA ein Unterscheidungszeichen setzen. Allein diese Emendation ist ganz unnöthig. Die Belohnung muß zwar immer die Ursache gewesen seyn, warum die Frauensperson intercedirte. Allein ob sie gleich anfangs gegeben, oder anfangs nur versprochen, und erst nach eingegangener Intercession gegeben ward, ist gleichgültig. Man sehe auch GERCKE Commentat. de limitib. SCti Vellej. §. 19.

beweis, wie gleichwohl viele [60]) glauben, auch hier nicht ausgeschlossen [61]). Ist hingegen ein solches öffentliches Instrument nicht vorhanden, so kann der Gläubiger, dem freylich hier immer der Beweis obliegt, sich deshalb auch eines jeden andern Beweismittels bedienen, wie aus folgenden Worten der *L.* 23. *Cod. h. t.* erhellet.

Sed si quidem in ipso instrumento intercessionis dixerit, *sese aliquid accepisse, et sic ad intercessionem venisse*, et hoc instrumentum publice confectum inveniatur, et a tribus testibus consignatum: *omnimodo esse credendum, eam pecunias vel res accepisse*, et non esse ei ad SCti Vellejani auxilium regressum. Sin autem sine scriptis intercesserit, vel instrumento non sic confecto, tunc si possit stipulator ostendere, eam accepisse pecunias, vel res, et sic subiisse obligationem, repelli eam a SCti iuvamine.

Merkwürdig ist es ferner, was **Justinian** noch in diesem Gesetz verordnet, daß wenn die Intercedentin dem Gläubiger Zahlung zu leisten, oder alles zu bezahlen nicht im Stande seyn sollte, dem letztern auf jeden Fall, auch wenn eine Expromission geschehen wäre, der Regreß gegen den vorigen Schuldner gestattet seyn solle [62]). Cujaz [63]) glaubt daher, daß dieses besondere Recht nicht auf jeden andern Fall, wo das Senatusconsult wegfällt, zu erstrecken sey.

Ausser

60) ZANGER Tract. de exceptionib. P. III. cap. XI. nr. 147. HERING de fideiussorib. Cap. VII. nr. 436. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXI. Th. 10. not. f. u. a. m.

61) S. Röslins angef. Abh. 2. Th. S. 144. §. 47.

62) S. Röslin a. a. O. §. 109. S. 198.

63) Recitation. solemn. in Cod. ad L. 12. Cod. h. t.

Auſſer dieſen Ausnahmen des römiſchen Rechts finden nach dem canoniſchen und heutigen Recht noch folgende ſtatt.

1) Wenn die Weibsperſon ihre Interceſſion mit einem Eide beſtärkt hat [64]). Hier erklärt der Gerichtsbrauch die Interceſſion in Gemäßheit des canoniſchen Rechts [65]) für gültig, wenn gleich die Intercedentin ihrer weiblichen Rechtswohlthat nicht belehrt worden, noch ſich derſelben ausdrücklich begeben hat [66]), und auch die Interceſſion in keinem öffentlichen Inſtrument geſchehen iſt [67]).

2) Wenn ſie inſofern intercedirt, als ſie zu einem Geſchäft vom Staate auctoriſirt iſt. Daher iſt a) die Bürgſchaft einer Frauensperſon gültig, welche für eigene Rechnung Handelſchaft treibt [68]). Denn Kauf- und Handelsfrauen haben nach dem heutigen Recht die Rechts-

64) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 25. BOEHMER Diſſ. de efficaci mulierum interceſſ. Cap. I. §. 9. und beſonders Röslins angef. Abh. 2. Th. S. 199—213.

65) *Cap. 9. et cap. 28. X. de iureiur.*

66) STRUV Synt. iur. civ. Exerc. XXI. Th. 10. nr. 5. FRANTZKE Commentar. in Pand. h. t. nr. 27. et 28. BOEHMER Diſſ. cit. de valida mulier. interceſſ. Cap. 2. §. 14.

67) S. Strubens rechtliche Bedenken 1. Th. Bed. 24. und 2. Th. Bed. 76. Gmelin von Aufſätzen über Verträge. §. 69. S. 143.

68) MÜLLER ad *Struvium* Exercit. XXI. Th. 12. not. §. *Io. Pet. de* LUDEWIG Different. iur. Rom. et Germ. in SCto Vellejano exule. Diff. 7. *Ge. Frid.* DEINLIN Diſſ. de vera indole Vellejani ad uxorem mercatricem pro marito mercatore intercedentem applicata. *Altorfii 1751.*

Rechtswohlthaten nicht, welche die Gesetze den Frauenspersonen in Rücksicht der Schwäche ihres Geschlechts ertheilen. Wenn sie daher in Handelsgeschäften [69]) intercediren, so kommt ihnen das Vellejanische Senatusconsult nicht zu statten. Der Grund ist Sicherheit und Begünstigung des Handels, welche mit der Unverbindlichkeit der Bürgschaften in Handelsgeschäften nicht bestehen kann [70]). b) Auch die Intercession einer regierenden Dame, aber auch nur insofern, als sie in der Eigenschaft einer Regentin intercedirt, ist für gültig zu halten. Denn ausser dieser Eigenschaft betrachtet, würde die Intercession derselben nach dem gemeinen Privatrechte zu beurtheilen seyn. So lassen sich die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten hierüber mit einander sehr gut vereinigen [71]).

3) Wenn eine Ehefrau mit ihrem Manne in einer allgemeinen Gütergemeinschaft lebt, so kann sie, wenn sie wegen der während der Ehe gemachten Schulden ihres Ehemannes belangt wird, sich nicht auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten berufen, weil nach der Natur der allgemei-

69) In andern Fällen kommt auch den Kauffrauen das Vellejanische Senatusconsult zu statten. S. VOET Comm. h. t. §. 11. Joh. Sam. Fried. Böhmers rechtl. Untersuchung der Frage, ob und wieweit eine Weibsperson, so eine Handlung treibt, aus ihrer Bürgschaft verbunden sey? In Schotts jurist. Wochenblatt. 3. Jahrg. Nr. 29. WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 12.

70) S. Runde Grundsätze des deutschen Privatrechts §. 292.

71) BOEHMER Diss. cit. Cap. II. §. 4. not. g. Röslins angef. Abh. S. 247. §. 42—44. GERCKE Commentat. de limitib. SCti Vellejani §. 26. et 27. und Thibaut System des Pand. R. 2. Band §. 949.

gemeinen Gütergemeinschaft die Frau schon an und für sich für alle von dem Ehemann contrahirten Schulden der Regel nach eben so, als für ihre eigenen haftet [72]). Indessen schließt doch die allgemeine Gütergemeinschaft nicht allen Gebrauch des Vellejanischen Rathsschlusses aus. Sie kann sich desselben noch in folgenden Fällen bedienen. a) Wenn sie sich für die vor der Ehe gemachten Schulden ihres Ehemanns verbürgt hat [73]). Jedoch sind viele anderer Meinung, weil nach der Natur der allgemeinen Gütergemeinschaft die vor der Ehe entstandenen Schulden nicht mehr blos als Schulden dessen angesehen werden könnten, der sie contrahirt hat, sondern jetzt eben so Gesammtschulden der ehelichen Gesellschaft geworden sind, wie das beyderseitige Vermögen der Ehegatten nun ein Gesammtvermögen derselben geworden sey [74]). b) Wenn die Frau für eine Schuld sich verbürgt hat, welche aus einem Rechtsgeschäft, gegen das sie auf die gehörige Art protestirte, entstanden ist [75]). c) Wenn die

72) *Sam.* STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4. *Christ. Gottl.* GMELIN Diss. de obligatione uxoris ad solvenda debita a coniugibus contracta, moto inprimis super bonis mariti concursu creditorum. *Tubingae 1785.* §. 15. und Desselben Aufsätze über Verträge. §. 95. *Wilh. Frid.* SUHR Diss. Privilegia mulieribus iure Rom. data quatenus, posita inter coniuges communione, locum habeant. *Goettingae 1801.*

73) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5. Danz Handbuch des allgemeinen deutschen Privatrechts. 6. Th. §. 606. S. 414. ff.

74) HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. I. §. 460. Joh. Wilh. Neuß Theorie der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft §. 59—61.

75) S. Benj. Fried. Pfizer Rechte und Verbindlichkeiten der

Frau sich ohne Einwilligung ihres Ehemannes für einen Dritten verbürgt [76]).

§. 925.

In wiefern findet eine Entsagung des Vellejanischen Rathsschlußes Statt?

So wenig es heutzutage einigem Zweifel unterworfen ist, daß eine Frauensperson dem Vellejanischen Rathsschlusse gültig entsagen könne, so streitig ist gleichwohl diese Frage nach dem römischen Rechte? Viele [77]) wollen eine solche Entsagung schon nach der Analogie der römischen Gesetze für gültig halten. Sie sagen, die Regel sey ganz allgemein, welche einem Jeden erlaube, sich des ihm zum Besten eingeführten Rechts zu begeben [78]), und müsse also auch hier um so mehr Anwendung finden, weil ja die Intercession einer Weibsperson nur erst durch ihre Einwendung entkräftet werde, und die Intercedentin, wenn sie diese vorzuschützen unterläßt, selbst von dem Richter verurtheilt werden könne. Warum sollte sie denn nicht schon

der Weiber bey einem Gantprozeß über das Vermögen ihrer Männer 1. Th. §. 68. u. 69. verglichen mit §. 63. und HOFACKER c. l. §. 459.

76) S. Pfizer in der angef. Schrift 1. Th. §. 70.

77) *Io.* SCHILTER Prax. iur. Rom. Ex XXVIII. §. 8. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. *I. H.* BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione. Cap. II. §. 17. *God. Lud.* MENCKEN Diss. de valida intercessione mulieris SCto Vellejano renuntiantis. *Vitemb. 1725.* Röslin von bes. weiblichen Rechten S. 163. ff. GERCKE cit. Commentat. §. 15.

78) *L. 21. Cod. de pactis. L. 41. D. de minorib.*

schon zum Voraus auf diese Einrede Verzicht thun können? Nirgends werde gesagt, daß sie sich des Vellejanischen Rathsschlusses bedienen müsse, wenn sie nicht wolle. Ja sie könne nicht nur dieser Wohlthat entsagen, weil man Wohlthaten Keinem aufdringt, sondern sie müsse sogar zuweilen darauf Verzicht thun, wenn sie eine Handlung unternehmen wolle, welcher das Vellejanische Senatusconsultum im Wege stände. Dahin gehöre 1) wenn sie bereit ist, den Schuldner, für den sie intercedirte, vor Gericht zu vertreten. Hier müsse sie Caution leisten, daß sie sich des Vellejanischen Senatusconsults nicht bedienen wolle [79]). 2) Wenn eine Mutter die Vormundschaft über ihre unmündigen Kinder übernehmen wolle; auch hier müsse sie sich der Wohlthat des Vellejanischen Rathsschlusses begeben [80]). Andere [81]) glauben dagegen, daß, ausser diesen

79) *L. 32. §. 4. D. h. t.* Si mulier pro eo, pro quo interceſſerit, iudicium parata ſit accipere, ut non in veterem debitorem actio detur: quoniam Senatusconſulti exceptionem opponere poteſt, cavere debebit, *exceptione ſe non uſuram*, et ſic ad iudicium ire.

80) *Nov. CXVIII. cap. 5.* Mulieribus enim etiam nos interdicimus tutelae ſubire officium, niſi mater aut avia fuerit. His enim ſolis ſecundum hereditatis ordinem et tutelam ſubire permittimus, ſi inter geſta et nuptiis aliis et *auxilio Vellejani Senatusconſulti renunciant.*

81) *Ant.* MERENDA Controv. iur. Lib. II. cap. 36. *Arn.* VINNIUS Select. iuris Quaeſtion. Lib. I. cap. 48. *Helfer. Ulr.* HUNNIUS Variar. Reſolution. iuris civ. Lib. III. Tract. V. Qu. 2. *Ioſ.* AVERANIUS Interpretation. iuris Lib. II. cap. 5. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. LVI. Th. 9. *Iuſt. Frid. Lud.* ENGELBRECHT Diſſ. de renunciatione SCti Vellejani

diesen Fällen, welche nur als Ausnahmen von der Regel zu betrachten wären, eine Entsagung des Vellejanischen Senatusconsults dem wahren Sinn und der Analogie der römischen Gesetze zuwider sey. Denn insofern das Senatusconsultum die Interceſſionen der Frauensperſonen mißbilliget, und die Weibsperſonen als ſolche, die fremde Verbindlichkeiten eben ſo wenig, als öffentliche Aemter, übernehmen können, behandelt wiſſen will [82]), gehöre es allerdings zu den Prohibitiv-Geſetzen [83]). Mit einem ſolchen Geſetz könne die Gültigkeit der Entſagung eben ſo wenig, als eine Entſagung der Untüchtigkeit zu öffentlichen Aemtern, beſtehen. Es würde auch dadurch der ganze Zweck des Geſetzes vereitelt werden. Auf der einen Seite nimmt das Geſetz die Frauensperſonen wegen ihrer Gutmüthigkeit und Leichtſinns gegen die Gefahr der Interceſſionen in Schutz; und auf der andern Seite ſollte dieſes Geſetz die Frauensperſonen durch Zulaſſung einer Renunciation wieder als Opfer ihres Leichtſinns Preiß geben?

Wie

jani privato inſtrumento facta. *Goett.* 1749. Cap. II. §. 3. ſqq. *Io. Aug.* HELLFELD Diſſ. de condictione mulieri intercedenti competente. §. 35. ſqq. *Bav.* VOORDA Diſſ. exhibens quaeſtiones quasdam iuris civ. *Lugd. Batav.* 1770. Qu. 2. Ad. Dict. Weber ſyſt. Entwick. d. Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 74. Not. 14. S. 308. ff. und Thibaut Syſt. des Pand. R. 2. B. §. 944.

82) *L.* 1. §. 1. *L.* 2. §. 1. *L.* 16. §. 1. *D. h. t. L.* 2. *D. de div. reg. iuris.*

83) PAULUS *Sententiar. Receptar.* Lib. II. Tit. 11. §. 1. In omni genere negotiorum et obligationum tam pro viris quam pro feminis *intercedere mulieres* PROHIBENTUR. (in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejuſt. pag. 278.)

Wie leicht entsagt nicht die Frauensperson ihrer Rechtswohlthat, welche einmal zur Uebernehmung einer Bürgschaft sich hat verleiten lassen? Man wendet zwar ein, daß in der Renunciation ein neuer rechtlicher Grund zu finden sey, aus welchem selbst die Gesetze einer intercedirenden Frauensperson die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults versagten. Man sagt nämlich, wenn eine Frauensperson, mit ihrer Rechtswohlthat bekannt gemacht, derselben entsagt, so verbürgt sie sich ja wissentlich, und hat sich also nach *L.* 30. *D. h. t.* ihrer Rechtswohlthat verlustig gemacht. Allein sehr treffend ist diesem Einwurfe dadurch begegnet worden, daß das Gesetz nur allein von dem Falle redet, wenn die Frauensperson in der Absicht, den Gläubiger zu hintergehen, sich bey ihm verbürgte; da es ihr bekannt war, daß sie sich in der Folge durch die Einrede des Vellejanischen Senatusconsults würde schützen können. Ein solcher Vorwurf einer betrüglichen Absicht könne aber einer Frauensperson in dem Falle nicht gemacht werden, da diejenigen, denen darum zu thun ist, dieselbe zur Intercession zu bereden, unter dem Vorwande dieses Gesetzes die Einleitung treffen, daß der Gläubiger durch Entsagung des Vellejanischen Senatusconsults begünstiget werde. Hier fehle so viel, daß man der Intercedentin einen Dolus vorwerffen könne, daß vielmehr ein anderes Gesetz [84]) zur Anwendung kommen müsse, welches dasjenige, was zur Eludirung des Senatusconsults geschieht, für eben so unwirksam, als die übernommene Ver-

84) *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* Paulus respondit, ea, quae in fraudem SCti, quod de intercessione foeminarum factum est, excogitata probari possunt, rata haberi non oportere.

Verbindlichkeit der Intercedentin, erklärt. Diese letztere Meinung verdient wohl in der Theorie allerdings den Vorzug, und ist nach der Novelle 134. Kap. 8. noch weniger Zweifel in dem Falle unterworffen, da sich eine Ehefrau für die Schulden ihres Mannes verbürgt [85]). Allein da wir h. z. T. die Intercessionen der Frauenspersonen nicht mehr unter die verbotenen Rechtsgeschäfte zählen, sondern sie nur als Verträge ansehen, denen die Gesetze allen gerichtlichen Effect versagen; so findet in der heutigen Praxis die Entsagung des Vellejanischen Senatusconsults ohne Bedenken Statt, eine Frauensperson mag sich für ihren Ehemann, oder für einen andern Schuldner verbürgen [86]). Es kommt also nur noch darauf an, was zur Gültigkeit einer solchen Entsagung erfordert werde? Darüber herrscht aber freylich noch eine große Uneinigkeit unter den practischen Rechtsgelehrten. Zwar ist man

I. darüber einverstanden, daß die Intercedentin vor allen Dingen gehörig belehrt, und mit dem Inhalt derjenigen Rechtswohlthat bekannt gemacht werden müsse, welcher sie sich begeben will. Denn ein Verzicht auf ein dem Entsagenden unbekanntes Recht ist ohne rechtliche Wirkung [87]). Diese Belehrung ist aber bey Frauenspersonen desto nöthiger, da Mangel an Rechtskenntniß bey ihnen in Zweifel vermuthet werden muß [88]). Die meisten Rechtsgelehrten stimmen auch darin überein, daß eine Entsagung der

85) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 4.

86) S. Joh. Christ. Conr. Schröters vermischte juristische Abhandlungen 1. Band S. 25. ff.

87) *L. 19. §. ult. D. de inoff. testam. L. 22. §. 2. Cod. de furt.*

88) *L. 9. D. de iuris et facti ignor.*

der weiblichen Rechtswohlthaten ohne vorhergegangenen genugsamen Unterricht und Kenntniß derselben nicht einmal sodann als gültig angesehen werden könne, wenn sie gleich in einem öffentlichen Instrument geschehen [89]), oder gar mit einem körperlichen Eide wäre bekräftiget worden [90]). Allein wenn es auf die Frage ankommt, auf welche Art und Weise die Belehrung über die zu entsagenden Rechtswohlthaten eigentlich geschehen müsse, so pflegen nicht alle Rechtsgelehrten die Sache mit derjenigen Genauigkeit zu nehmen, welche gleichwohl die Wichtigkeit derselben erfordert. Mehrere [91]) wollen nämlich eine Frauensperson schon für hinlänglich unterrichtet halten, wenn nur in dem Schuld- und Bürgschein eine mit teutschen Worten deutlich gefaßte Beschreibung der Rechtswohlthat des Vellejanischen Senatusconsults, und ein klarer Verzicht darauf enthalten sey; z. B. Sie entsage hiermit der Rechtswohlthat, vermöge welcher sich sonst eine Frauensperson nicht gültig verbürgen kann. Habe nun die Bürgin eine solche Ur-

89) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 3. Th. 8. nr. 8.

90) BOEHMER Diss. de efficaci mulierum intercessione Cap. II. §. 19. not. ttt. STRYK Diss. de certioratione iurium renuciandor. Cap. III. nr. 15. sq. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXX. medit. 3. Struben rechtliche Bedenken 2. Th. Bed. 76. §. 2. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 69. S. 142. f. ENGELBRECHT Diss. de renunciatione SCti Vellejani privato instrumento facta. Cap. II. §. 8. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 12. not. t. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 4144.

91) STRYK de cautel. contractuum. Sect. I. cap. 5. §. 7. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXX. medit. 2. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 159. pag. 527.

Urkunde eigenhändig unterschrieben, so werde auch kein weiterer Beweiß wegen der Certioration erfordert, da die Unterschrift des Documents die Wissenschaft und Einwilligung in den Inhalt vermuthen lasse. Allein wie wenig eine auf solche Art geschehene Belehrung für genügend zu halten sey, und wie wenig jene Vermuthung auf Personen, bey welchen eine gänzliche Unkunde der Rechte vorauszusetzen ist, Anwendung leide, ist schon von andern [92]) gezeigt worden. Soll sich also eine Weibsperson bey der Uebernahme einer Intercession ihrer Rechtswohlthaten auf eine gültige Art begeben, so ist nicht genug, wenn sie blos belehrt wird, welche Rechte ihr in Ansehung derselben zustehen, wofern sie nicht auch von der Natur und Wirkung der übernommenen Verbindlichkeit hinlänglich unterrichtet wird [93]). Es muß ihr daher nicht nur die rechtliche Beschaffenheit der Schuld, für welche sie intercedirt, z. B. wenn es eine Wechselschuld, oder eine hypothekarische, oder sonst privilegirte Forderung ist, sondern auf die Art und Wirkung der Intercession, welche sie eingehen will, deutlich erklärt werden [94]). Ist die Intercedentin eine Ehefrau, welche sich für die Schuld ihres Mannes verbürgen will, so muß sie insonderheit über den Inhalt der *Auth.* Si qua mulier *Cod. ad*

92) S. Ge. Jac. Fried. Meisters Practische Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrecht 2. B. IV. Bemerk. Nr. 6. u. 7. S. 55.

93) Man vergl. hier vorzüglich Joh. Christ. Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener pract. Rechtsmaterien Nr. VIII. S. 129. u. ff.

94) Röslin von besondern weiblichen Rechten 2. Th. S. 178. §. 83.

ad SCtum Vellejanum belehrt werden. Man streitet sich darüber, ob sie auch dieser Authentike namentlich entsagen müsse. Mehrere [95]) halten die ausdrückliche Anführung derselben für durchaus nothwendig, wenn die Entsagung auf eine verbindliche Art geschehen soll. Andere [96]) hingegen halten es für hinreichend, wenn die Ehefrau ihren weiblichen Rechtswohlthaten überhaupt nach vorhergegangener Belehrung derselben, oder auch nur dem Vellejanischen Senatusconsult entsagt hat, weil die Authentike unter demselben, als ein bloßer Zusatz, schon mit begriffen sey. Allein es scheint mir alles darauf anzukommen, ob die Entsagung so gefaßt ist, daß sie den Inhalt jener Authentike vollkommen ausdruckt, oder nicht. In jenem Falle würde es kein Fehler seyn, wenn auch dieselbe nicht namentlich wäre angeführt worden. Z. B. es heißt in der Schuldverschreibung: Sie begebe sich der Rechtswohlthat, vermöge deren sonst eine Ehefrau sich für ihren Ehemann auf keinerley Weise gültig verbürgen kann, vielmehr eine solche Bürg-

95) SANDE Decision. Lib. III. Tit. XI. Definit. 4. MEVIUS P. VI. Decis. XXII. nr. 4. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. Gmelin von Aufsätzen über Verträge. §. 69. S. 144. §. 90. S. 193. u. § 92. S. 199.

96) BOEHMER Diss. de efficaci mulierum interces. Cap. III. §. 8. not. ii. HUBER Praelect. iur. civ. h. t. §. 20. BERGER Resolut. Legg. obstant. h. t. Qu. 2. et ad eand. Animadvers. STRYK de cautel. contractuum Sect. II. cap. 6. §. 6. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXII. medit. 5. et 6. ENGELBRECHT cit. Diss. de renunciat. SCti Vellej. etc. Cap. II. §. 17. Schröter vermischte juristische Abhandlungen 1. Band S. 52. ff. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* h. t. Qu. 13. not. v.

Bürgschaft in den Gesetzen für durchaus nichtig erklärt ist, wenn sie auch noch so oft nachher wiederholt und aufs neue bekräftiget worden wäre, und nur allein dadurch gültig werden könne, wenn das von dem Mann entlehnte Geld erweislich zum Nutzen derselben verwendet worden ist. Ausserdem würde die bloße Entsagung des Vellejanischen Senatusconsults nicht genügen, weil die Novelle 134. Kap. 8. woraus die *Auth.* Si qua mulier genommen ist, sich gerade darin von dem Vellejanischen Senatusconsult unterscheidet, daß keine Wiederholung der Intercession noch Entsagung gelten soll. Will der Ehemann dem Gläubiger sein unbewegliches Vermögen verpfänden, woran er der Frau eine donatio propter nuptias verschrieben hat, so ist nach der *Auth.* Sive a me *Cod. h. t.* eine solche Verpfändung ungültig, wann sie auch mit Einwilligung der Frau geschehen wäre, und diese ihre Einwilligung auch noch so oft wiederholt hätte. Die Ehefrau muß also auch dieser Authentika nach vorhergegangener Belehrung derselben entsagen. Uebrigens wird die Belehrung im Zweifel nicht vermuthet, sondern muß von dem, welcher sie behauptet, bewiesen werden [97]). Zu diesem Beweise ist aber die bloße Anführung in der Urkunde, oder auch das bloße Bekenntniß der Intercedentin in dem Schuldocument, daß die Belehrung geschehen sey, nicht hinreichend [98]), wenn auch das Document von der

97) BOEHMER cit. Diss. de effic. mulierum interceff. Cap. II. §. 19. not. uuu. STRYK Diss. de certioratione iur. renunciandor. Cap. IV. nr. 4. sqq.

98) STRYK cit. loc. nr. 9. sqq. Gmelin von Aufsätzen über Ver-

der Intercedentin unterschrieben seyn, und in demselben eine Beschreibung der weiblichen Rechtswohlthat, und deren Begebung enthalten seyn sollte [99]); wofern nicht etwa die Urkunde unter öffentlicher Auctorität errichtet worden wäre, in welchem Falle aber doch auch der Beweis des Gegentheils nicht ausgeschlossen seyn würde. Dahingegen kann sich eine Weibsperson, die vorhin schon einmal belehrt worden ist, welche Vorrechte ihr in Absicht einer Bürgschaft zukommen, ihrer Verbindlichkeit keinesweges unter dem Vorgeben entziehen, daß sie bey der folgenden Intercession nicht besonders belehrt, oder von ihren weiblichen Rechtswohlthaten nicht abermals unterrichtet worden sey; es müßte ihr denn etwa Vergessenheit oder betrügliche Beredung gegen die replica doli zu statten kommen [100]). Man streitet hiernächst

II. darüber, ob die Entsagung in einem öffentlichen Instrument geschehen müsse, oder ob sie auch in einer Privaturkunde geschehen könne? Viele [1]) behaup-

Verträge §. 69. S. 142. Anderer Meinung sind zwar MEVIUS Tom. II. P. VII. Decis. 231. nr. 4. et 5. und Röslin in der angeführten Abhandl. S. 184. §. 88. Allein man sehe Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschied. Rechtsmaterien. Nr. VIII. S. 131. ff.

99) S. Meisters pract. Bemerkungen aus dem Criminal- und Civilrechte. 2 Band IV. Bemerk. Nr. 6. u. 7. S. 55. f.

100) *Frid. Es. a* PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 43. §. 3. Fried. von Bülow's und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit 4. Band Erört. 35. und GERCKE Diss. de limit. SCti Vellej. §. 19.

1) SANDE Decision. Lib. III. Tit. XI. Def. 2. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 18. TULDENUS Comm. ad Cod. h. t. nr. 9.

SCHIL-

haupten das Erstere, und berufen sich auf *L.* 23. *Cod. h. t.* Allein richtiger ist die Meinung derjenigen [2]), welche die Entsagung für gültig halten, wenn sie auch nur in einem Privatinstrument geschehen ist. Denn offenbar redet die angeführte *L.* 23. blos von der Intercession, von dieser ist aber die Verzichtleistung, von welcher wir hier reden, wesentlich unterschieden. Jene erfordert freylich ein öffentliches Instrument, *ne mulieres perperam sese pro aliis interponant*, wie **Justinian** in dem angeführten Gesetz als Grund anführt; und nur der Entschluß zu dieser läßt sich mit der dem weiblichen Geschlecht eigenen Gutmüthigkeit und Leichtsinn wohl entschuldigen, und verdient die Hülfe des Gesetzes. Allein nicht so die mit Ueberlegung und Einsicht geschehene Entsagung der Rechtswohlthat. Hier läßt sich der Vorwurf einer unredlichen Absicht nicht wohl von ihr ablehnen, wenn sie sich dennoch nachher auf die Rechtswohlthat beruft. Es läßt sich daher von jener auf diese um so weniger ein gültiger Schluß machen, da hier nirgends ein Gesetz vorhanden ist, welches die Gültigkeit der Renunciation an die Form einer öffentlichen Urkunde geknüpft hat. Aus diesem Grunde behaupten

SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 10. SICHARD Comm. ad Cod. h. t. nr. 14. und *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 24.

2) BOEHMER Diss. cit. Cap. II. §. 19. not. qqq. Nr. III. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 24. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 14. *a* PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. II. Obs. 159. Röslin von besond. weibl. Rechten 2. Theil S. 174. §. 76. und Meisters pract. Bemerkungen 2. B. Bemerk. IV. Nr. 4.

ten daher auch mehrere angesehene Rechtsgelehrten [3]), daß sogar dann, wenn beydes, Intercession und Entsagung, in einer Privaturkunde geschehen ist, die Intercession um der Entsagung der weiblichen Rechtswohlthat willen, für verbindlich zu halten sey. Endlich sind unsere Practiker

III. auch darüber verschiederer Meinung, ob die Entsagung eidlich geschehen müsse, oder ob sie auch ohne Eid gültig sey? Mehrere Rechtsgelehrten [4]) halten den Eid für unnöthig. Allein die meisten [5]), deren Meinung in der Praxis jetzt die herrschende ist, machen einen Unterschied, ob blos von einem Verzicht auf das Vellejanische Senatusconsultum, oder von einer Entsagung der Authentica, Si qua mulier die Rede sey. Erstere kann auch ohne Eid gültig geschehen. Letztere hingegen erfordert nach der in der Praxis angenommenen Lehre eine eidliche Bestärkung, wenn die Verbürgung einer Ehefrau für ihren Mann für gültig gehalten werden soll. Ob aber zu

einer

3) STRYK de cautel. contract. Sect. II. cap. 6. §. 12. FRANZKII Commentar. in Pand. h. t. nr. 30. Meister in den angef. pract. Bemerkungen a. a O. Nr. 5. S. 53. f. und Röslin S. 192. §. 98. Anderer Meinung ist jedoch PEREZ in Praelect. in Codic. h. t. nr. 23. a. E.

4) VOET Comm. ad Pand. h t. § 10. BOEHMER Diss. de effic. mulier. interces. Cap. II § 19 not. qqq. Cap. III. §. 8. Röslin a. a. O. §. 77. Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 90. S. 195. Höpfner Commentar über die Institutionen §. 838. Not. 4. u. a.

5) SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVIII §. 11. STRYK Caut. contract. Sect. II. cap 6. §. 4. LEYSER Vol. III. Specim. CLXXII. medit. 1. et 2. SCHAUMBURG Comp. iuris Dig. h. t. §. 8. MALBLANC Doctr. de iureiur. §. 118. HOFACKER Princip, iuris civ. R. G. Tom. III. §. 4144.

einer gültigen Entsagung der angeführten Authentike ein körperlicher Eid erfordert werde? oder ob es für hinlänglich zu halten sey, wenn die Ehefrau in der Verschreibung einen schriftlichen Eid durch Einrückung der Formel: so wahr mir Gott helfe und sein heiliges Wort, oder auch der Formel: bey dem Wort der ewigen Wahrheit, geleistet hat? oder ob auch schon der von einer Ehefrau an Eidesstatt geleistete Verzicht, die Rechtswohlthat der Auth Si qua mulier entkräfte? ist zweifelhaft. Mehrere [6]) halten das Letztere nicht für hinreichend, sondern erfordern entweder einen körperlichen [7]), oder wenigstens einen schriftlichen Eid [8]). Allein da hier von einem freywilligen und aussergerichtlichen Eide die Rede ist, bey welchem die Gesetze keine Schwörungsformel vorgeschrieben haben, so ist hier jede Formel für gültig zu halten, wodurch die ernstliche Absicht, sich eidlich verpflichten zu wollen, ausgedruckt wird. Diese Absicht geben aber die Worte: an Eides statt, hinlänglich zu erkennen, und es wird daher durch diese Formel das Gewissen unstreitig eben so stark verbunden, als durch jede andere Schwörungsformel, welche das Wesen des Eides enthält [9]).

Es

6) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXXI. Corol. 3. *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Decis. XII. nr. 14. pag. 213.

7) *a* SANDE Decision. Lib. III. Tit. XI. Definit. 3.

8) WERNHER Select. Observation. for. Tom. II. Part. X. Obs. 429. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 43. §. 2. CARPZOV P. II. Constitut. XVI. definit. 6. ENGELBRECHT Diss. cit. Cap. II. §. 16.

9) BOEHMER Iur. eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 24. §. 5.

Es ist daher auch die von einer Ehefrau in dem Schuld- und Bürgscheine unter der Formel an Eides statt geschehene Entsagung der Auth. *Si qua mulier* so lange für bündig und wirksam zu halten, als nicht die besondern Landesgesetze einen förmlichen oder körperlichen Eid erfordern [10]).

Noch ist zu bemerken, daß wenn eine Wittwe erst nach dem Tode ihres Mannes den Gläubigern desselben Bürgschaft leistet, die Vorschrift der Novelle 134. Kap. 8. keine Anwendung finde, und daher in diesem Falle auch keine Entsagung der Auth. *Si qua mulier* nöthig sey, weil hier die Gründe des Gesetzes wegfallen [11]). Zwar glauben viele [12]), die Bürgschaft sey hier dergestalt gültig, daß nicht einmal eine Entsagung des Vellejanischen Senatusconsults erforderlich sey. Denn für einen todten Schuldner, sagt man, finde keine eigentliche Intercession mehr Statt. Die Wittwe stelle sich also hier als Selbstschuld-

10) S. Fried. von Bülow's und Theod. Hagemanns pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 1. Band Erört. 33.

11) MEVIUS Decis. Tom. II. Part. VII. Decis. 229. und *Frid. Lud.* DOERING Disquisit. An uxor beneficiis muliebribus iuvetur post mortem mariti eius debita suscipiens? *Erfordiae 1780.* Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 948. Nr. 2.

12) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 16. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 3. §. 8. not. 8. in fin. *Ern. Imm.* TENZELL Diss. de vidua defuncti mariti debita suscipiente, an gaudeat beneficio SCti Vellej. et auth. Si qua mulier? *Erfordiae 1728.* de CRAMER Observat. iuris univ. Tom. III. Obs. 944. WERNHER Lectissim. Commentation. in Pand. Tom. I. h. t. §. 4. u. a. m.

schuldnerin dar, und verspreche den Gläubigern Zahlung. Ueberdem suche sie dadurch die Ehre ihres verstorbenen Mannes zu retten; im Ganzen gehe sie also hier ein Geschäft ein, was eigentlich sie selbst betreffe, und könne folglich schon darum sich nicht mehr auf ihre weiblichen Rechtswohlthaten berufen. Allein prüft man diese Gründe genauer, so muß man sich wundern, wie jene Meinung bey Rechtsgelehrten von solchem Ansehen, als dieselbe behaupten, hat Beyfall finden können. Man geht ja offenbar von einem ganz falschen Satze aus, wenn man sagt, es finde für einen verstorbenen Schuldner keine wahre Intercession mehr Statt. Das Gegentheil lehrt **Florentinus** ausdrücklich, wenn er *L.* 22. *D. de fideiussoribus* sagt: ***Mortuo reo promittendi***, et ante aditam hereditatem *fideiussor* accipi potest: quia hereditas *personae vice* fungitur. Ein solcher Bürge ist als ein negotiorum gestor anzusehen, welcher zum Nutzen der Erbschaft und des künftigen Erben handelt [13]). Er macht sich daher, wie **Paulus** [14]) sagt, gewissermaßen die Erbschaft selbst verbindlich. Wie kann man also wohl mit Grund behaupten, die Wittwe, welche die Schulden ihres verstorbenen Mannes zu bezahlen übernimmt, schließe ein sie selbst betreffendes Geschäft? Wer kann läugnen, daß dieses eine Art der Intercession sey, und daher das Vellejanische Senatusconsult Statt finde? Sagt denn nicht Kr. **Alexander** *L.* 4. *C. h. t.* deutlich genug: Senatusconsultum locum habet,

si

13) *L. 3. pr. L. 12. §. 2. L. 45. §. 2. D. de negot. gestis.* Man vergleiche hier vorzüglich *Christph. Lud.* CRELL Diss. de intercessione pro debitore mortuo. *Vitemb. 1754.*

14) *L. 21. §. 1. D. de negot. gestis. L. 1. §. 6. D. de iniur.*

si eam obligationem, *quae in alterius persona constitit*, mulier in se transtulit? Fallen nun auch bey der Wittwe die Gründe weg, welche der Auth. *Si qua mulier* Raum geben, so treten doch wenigstens noch immer diejenigen Gründe ein, warum Frauenspersonen sich überhaupt nicht für fremde Schulden verbindlich machen können. Es ist also wohl keinem Zweifel unterworffen, daß wenn die Intercession der Wittwe gelten soll, dieselbe sich der Wohlthat des Vellejanischen Senatusconsults, nach vorhergegangener Belehrung desselben, begeben müße [15]). Eine andere Frage aber ist es, ob eine von der Wittwe schon bey Lebzeiten ihres Ehemanns geleistete ungültige Bürgschaft nicht dadurch gültig werde, wenn sie dieselbe nach ihres Mannes Tode entweder ausdrücklich wiederholt, oder durch Bezahlung der Zinsen stillschweigend anerkennt? Mehrere berühmte Rechtsgelehrten [16]) tragen kein Bedenken, dieselbe zu bejahen; wenn nur seit der erstern Intercession,

15) Auſſer Hellfeld stimmen hierin mit mir überein *Paul. Phil.* WOLFHARTH Diss. de intercessione viduae pro marito mortuo. *Rintel. 1738.* CRELL Diss. cit. §. 8. REINHARTH Diss. potissima capita invalidae mulier. intercessionis, pro efficaci perperam habitae, expon. *Erfordiae 1732.* §. 23. DOERING cit. Commentat. §. 10—13. BOEHMER Consultat. et Decision. Tom. III. P. II. Decis. 271. nr. 8. et Decis. 272. nr. 6. HOMMEL Rhapsod. quaestion. for. Vol. I. Obs. 1. Dabelow Grundsätze des Eherechts §. 318. und Gmelin von Aufsätzen über Verträge §. 90. a. E.

16) MEVIUS P. VI. Decis. 299. nr. 4. et P. VII. Decis. 229. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 16. RIVINUS Enunciat. iuris Tit. 8. Enunc. 42. LEYSER Specim. CLXXII. Specim. 7. et 8. und *Tob. Iac.* REINHARTH Diss. potissima capita invalidae mulierum intercessionis, pro efficaci perperam habitae, exhib. §. 11.

oder, wie andere [17]) wollen, seit dem Tode des Ehemannes ein Zeitraum von zwey Jahren verstrichen ist. Allein die *L.* 22 *Cod. h. t.* findet, wie bereits oben (S. 16.) gezeigt worden, da keine Anwendung, wo die erste Intercession ipso iure nichtig ist. Es gilt vielmehr hier, was **Justinian** in der Novelle 134. Kap. 8. sagt: nullatenus huiusmodi interceſſionem valere, licet multoties repetita sit. Soll also die Intercession der Wittwe für die Schulden ihres verstorbenen Mannes eine verbindliche Kraft haben, so muß sie auf jeden Fall dem Vellejanischen Rathsschlusse noch besonders entsagen [18]). Eine eidliche Bestärkung hingegen, wie **Carpzov** [19]) erfordert, ist hier nicht mehr nöthig.

§. 926.

Natur der Exception des Vellejanischen Senatusconsults.

Die *exceptio SCti Vellejani* gehört ihrer Natur nach

I. zu denjenigen Einreden, welche man dingliche nennt, (*exceptiones rei cohaerentes*) [20]). Sie kommt daher nicht nur der intercedirenden Frauensperson zu, sondern auch ihre Erben und Nachfolger [21]), und alle, welche für die Intercession intercedirt haben, können sich gleichfalls jener

17) PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 74.

18) S. DOERING cit. Disquisit. an uxor beneficiis muliebrib. iuvetur post mortem mariti eius debita suscipiens? §. 8. et 9.

19) Iurisprud. for. P. II. Const. 16. Def. 3.

20) *L.* 7. §. 1. *D. de except.*

21) *L.* 20. *Cod. h. t.* Heredes quoque mulieris adversus creditores eadem exceptione, quae ex SCto introducta est, uti posse dubium non est.

jener Einrede bedienen [22]). Denn könnte sich der Bürge nicht eben so gut, wie die Intercedentin selbst, mit der Einrede des Senatusconsults schützen, so würde er, wenn er für sie hätte Zahlung leisten müssen, mit der actio mandati gegen sie seinen Regreß nehmen können, und so könnte ihr indirect die Rechtswohlthat entzogen werden [23]). Dem Bürgen soll daher die exceptio SCti Vellejani auch sogar alsdann zu statten kommen, wenn er auch ohne Auftrag der Intercedentin für sie von freyen Stücken gutgesagt hätte. **Cajus Cassius** war zwar anderer Meinung, allein **Ulpian** gab der Meinung **Julians** Beyfall, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 16. §. 1. *D. h. t.* Si ab ea muliere, quae contra Senatusconsultum interceſſiſſet, fideiussorem accepiſſem: CAIUS CASSIUS respondit, ita demum fideiussori exceptionem dandam, si a muliere rogatus fuiſſet. JULIANUS autem recte putat, *fideiussori exceptionem dandam, etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habet* [24]): quia totam obligationem [25]) Senatus improbat: et a Praetore restituitur prior debitor creditori.

22) *L.* 14. *Cod. eod.* Mulierem contra SCti Vellejani auctoritatem non posse intercedere, *eademque exceptione fideiussorem eius uti posse*, iuris auctoritas probat. — *L.* 8. §. 4. *D. h. t.* Sed si is, qui a muliere delegatus est, debitor eius non fuit, *exceptione SCti poterit uti*, quemadmodum *mulieris fideiussor.*

23) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XXXVII. not. a.

24) Denn auch der Bürge, welcher ohne Auftrag für die Intercedentin gutsagte, könnte die actio negotiorum gestorum anstellen, *L.* 20. §. 1. *D. Mandati.* Es ist also hier gleicher Grund vorhanden, zur Abwendung der Regreßklage dem Bürgen

Da jedoch der Bürge in der Regel nicht mehr Recht haben kann, als die sich verbürgende Weibsperson, so versteht sich's, daß sich derselbe in den oben angegebenen privilegirten Fällen eben so wenig, als die Weibsperson selbst, des Vellejanischen Rathsschlusses bedienen könne [26]). Eben so gewiß ist es aber auch, daß dem Bürgen darum noch nicht diese Einrede zu versagen sey, weil sich etwa die Weibsperson ihrer Rechtswohlthat unwürdig gemacht hat, oder sich derselben nicht bedienen will [27]). Denn man kann durch seinen Dolus einem dritten Unschuldigen eben so wenig schaden [28]) als durch seine Renunciation dem Recht eines Dritten etwas vergeben [29]). Ein anders wäre, wenn Jemand für eine Weibsperson, welche mit Betrug umging, oder bereits auf das Senatusconsult Verzicht geleistet hatte, wissentlich intercedirt. Denn so wie er in jenem Falle, als Theilnehmer des Betrugs zu behandeln ist, so hat er sich in dem letzten Fall seiner Einrede ebenfalls stillschweigend begeben [30]).

II. Die

gen der Intercedentin die Einrede des Senatusconsults auch in diesem Falle zu gestatten.

25) Unter *tota obligatio* ist hier nicht blos die Verbindlichkeit der intercedirenden Frauensperson, sondern auch derjenigen, welche für sie intercedirt haben, begriffen, wie *Ant.* FABER in Rational. in Pand. ad h. L. gegen Accursius ganz richtig bemerkt.

26) Röslin in der angef. Abh. S. 192. §. 99.

27) Röslin S. 193. §. 100.

28) *L. 11. pr. D. de doli mali et metus except.*

29) *L. 41. D. de minorib.* Unicuique licet contemnere haec, quae *pro se* introducta sunt.

30) Röslin S. 194. §. 101.

II. Die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses gehört zu den privilegirten Einreden, welche in jedem Theile des Prozesses, auch noch nach erfolgter Verurtheilung, bis zur Execution vorgeschützt werden kann. Nach dem röm. Recht ist dieses keinem Zweifel unterworffen. Die Einrede des Vellejanischen und Macedonianischen Senatusconsults sollen hierin nach der ausdrücklichen Verordnung desselben gleiches Vorrecht haben [31]). Viele [32]) wollen indessen heutzutage dieses Privilegium bestreiten, weil der jüngste Reichsabschied §. 37. schlechterdings von dem Beklagten fordere, daß derselbe, was er dilatorie oder peremtorie einzuwenden haben möchte, alles auf einmal, gleich in der ersten Verhandlung, bey Strafe der Präclusion vorbringe. Allein ich kann mich noch nicht davon überzeugen, daß dadurch jenes Privilegium aufgehoben worden sey [33]). Denn ein neues, selbst unbeschränkt allgemeines Gesetz, hebt bekanntlich nicht die in dem ältern Gesetz gemachten Ausnahmen auf [34]).

III. Wird die Einrede des Vellejanischen Rathsschlusses nicht vorgeschützt, so fragt sich's, ob sie der Richter nicht

31) *L. 11. D. de SCto Macedon.*

32) SCHAUMBURG Princip. prax. iurid. iudic. Lib. I. Sect. I. Membr. II. Cap. IV. §. 9. Not. **. und Gönner im Handbuche des deutsch. gemeinen Prozeßes 2. Band Nr. XXXIII. §. 11. S. 195.

33) S. Danz Grundsätze des ordentl. Prozeßes §. 186. HOPACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4142. et §. 4391. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 946.

34) Thibaut Syst. des P. R. 1. Th. §. 39.

nicht von Amtswegen ergänzen könne? Einige [35]) wollen dieses behaupten. Allein nach dem von den heutigen Practikern richtiger angenommenen Grundsatz, daß der Richter gar keine Einrede von Amtswegen suppliren dürfe [36]), muß diese Frage vielmehr verneint werden [37]). Diese Meinung ist auch dem Geist der Gesetze allerdings gemäßer, weil die Klage des Gläubigers gegen die Intercedentin nicht ipso iure unstatthaft ist, sondern nur ope exceptionis unwirksam gemacht wird. Daß daher die Intercedentin condemnirt werden kann, sagt auch **Ulpian** *L.* 11. *D. ad Sctum Macedon.* Es braucht indessen die exceptio SCti Vellejani nicht immer gerade unter diesem Namen eingewendet zu werden, genug wenn die Beklagte solche Thatumstände anführt, welche eine Intercession ausser Zweifel setzen, und dem Kläger Gelegenheit geben, seine Gegeneinwendungen replicando vorzubringen. Billig wendet hier der Richter die Gesetze von der Unverbindlichkeit der weiblichen Intercessionen auf diesen Fall an [38]). Ist ein solcher Fall vorhanden, wo die Intercession absolut nichtig ist (S. 459.) so muß zwar die Klage von richterlichen Amtswegen verworffen werden, weil hier gar kein Klagerecht

35) Wehrn Theor. pract. Grundriß der Lehre von gerichtlichen Einwendungen. §. 68.

36) Gönners Handbuch des gemeinen Prozeßes 1. Band Nr. X. §. 13.

37) HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 7. LAUTERBACH Colleg. theor. pract. Pand. h. t. §. 20. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 4142 nr. IV.

38) S. Röslins angef. Abhandlung 2. B. S. 221.

recht existirt. Allein der Richter ergänzt hier keine Einrede, sondern er übt sein Amt der Reflexion aus [39]).

§. 927.

Heutiger Gebrauch des Vellejanischen Senatusconsults.

Daß das Vellejanische Senatusconsultum in Deutschland angenommen sey, beweißt die tägliche Praxis [40]). Nun ist zwar nicht zu läugnen, daß dasselbe nach den besondern deutschen Statuten und Landrechten auf verschiedene Art modificirt worden sey [41]); wo es indessen an solchen besondern Bestimmungen fehlt, macht das römische Recht die Regel aus. Die in der Praxis vorkommenden häufigen Renunciationen beweisen den lebhaften Gebrauch dieses Senatusconsults nur gar zu deutlich. Der ehemalige Canzler der Hallischen Universität **Johann Peter von Ludewig** [42]) führt zwar eine Menge von Differenzen an, worin das heutige Recht von dem römischen abweichen soll; z. B. eine Weibsperson soll das, was sie aus rechtlicher Unwis-

39) Alles, wobey es auf Beurtheilung der Sache ankommt, macht einen Gegenstand der richterlichen Reflexion aus. S. Gönner a. a. O. §. 4. S. 240. ff.

40) Des *Christ.* THOMASII Diss. de usu exiguo SCti Vellejani in foris Germaniae. *Halae* 1707. hat schon Röslin von besondern weibl. Rechten 2. B. S. 217—222. ausführlich widerlegt.

41) Solche Statuten führen Schröter in den vermischten juris. Abhandlungen 1. Band S. 43. ff. Röslin in der Abh. von besond. weibl. Rechten 2. Band S. 242. ff. und *Ad. Frid.* TRENDELENBURG Diss. de intercessione feminarum secundum iura Slesvicensia et holsatica. *Kilonii 1776.* an.

42) Differentiae iuris Rom. et Germanici in SCto Vellej. exule. *Halae 1720.*

Unwissenheit als Intercedentin bezahlt hat, jetzt nicht mehr zurückfordern können, auch nicht das Pfand, was sie für eine fremde Schuld hingab. Soll hingegen heutzutage von dem Senatusconsultum auch dann Gebrauch machen können, wenn sie gleich für ihre Interceſſion eine Belohnung empfing, u. d. m. Allein alle diese vermeintlichen Differenzen beruhen auf der falschen Voraussetzung, als ob die Römer die Interceſſionen der Frauensperſonen nur darum gemißbilliget hätten, weil sie solche als eine Verletzung der weiblichen Schamhaftigkeit angesehen; die Deutschen hingegen den Velleianischen Rathsschluß blos zu dem Zweck aufgenommen hätten, damit die Frauensperſonen nicht überlistet werden möchten [43]). Haben denn etwa die Römer diesen Grund nicht auch berücksichtiget? Wohin zielt denn die weibliche Schwäche, die **Ulpian** *L.* 2. §. 2 *D. h. t.* als Grund anführt, anders hin, als auf eine bey dem Leichtsinn der Weiber so gar leicht mögliche Ueberlistung derselben? ja sagt nicht **Ulpian** §. 3. ganz deutlich: SCtum *deceptis*, non decipientibus, opitulatur. *Infirmitas* enim *feminarum* auxilium meruit?

43) **Röslin** S. 222—233. hat den Ungrund der von **Ludewig** angegebenen Differenzen ausführlich dargethan.

Lib. XVI. Tit. II.

De compenſationibus.

§. 928.

Begriff der Compenſation. Grund und Erforderniſſe derſelben.

Unter *Compenſatio* [44]), welche auch in den Geſetzen häufig *penſatio* [45]) genennt wird, verſteht man überhaupt Tilgung einer Schuld durch Gegenforderung. In dieſem Sinn kann ſie ſich entweder in einer Uebereinkunft der Par-

44) *Herm.* VULTEIUS de compenſationibus. *Marb. 1589.* *Pet.* BELLOJI Diſſertat. III. de eod. arg. (in MEERMAN. *Theſ. iur. civ. et can.* Tom. IV.) *Scipio* GENTILIS, BORCHOLTEN und MAESTERTIUS de compenſat. *Franc.* DUARENUS Commentar. in hunc Tit. Pandect. et Cod. in *Operib.* pag. 993. *Io. Tob.* CARRACH Diſſ. de praecipuis differentiis iuris Rom. et German. in compenſatione. *Halae 1739.* Götz Beyträge zur populären Rechtsgelehrſamkeit 1. Band Nr. III. S. 65—95. und *Parit. Herm.* ANKELMANN Diſſ. de compenſatione, et ſpeciatim de debito tertii compenſando. *Goett. 1791.*

45) *L. 7. §. 1. L. 15. D. h. t. L. 39. D. Soluto matrimon. L. 67. §. 3. D. de legat. 2. L. 18. D. Commodati. L. 52. §. 2. D. familiae erciſc. L. 18. pr. D. de pign. act.* Penſare heißt eigentlich ſoviel als wägen. Die Benennung ſchreibt ſich alſo aus den älteſten Zeiten her, wo man, vor Einführung des Geldes, ſoviel an rohen Metall dem Andern zuzuwägen pfleg-

Partheyen gründen, oder in der Verordnung der Gesetze. Jene wird eine willkührliche, (*compensatio voluntaria* s. *hominis*), diese aber eine nothwendige oder gesetzliche (compensatio *necessaria*, s *iuris*, s *legalis*) genennt [46]). Erstere hängt von der Willkühr der Interessenten ab, in sofern nur die Forderungen selbst ihrer Disposition unterworffen sind. Sie kann daher Statt finden, wenn auch die gegenseitigen Forderungen nicht von gleicher Art sind [47]). Letztere hingegen ist durch die Civilgesetze an gewisse Regeln gebunden. Diese findet nur Statt, wenn Forderung und Gegenforderung in fungiblen Sachen bestehen, und beyde unbedingt, beyde liquid, und von derselben Art sind [48]). Hier würde mein Gläubiger, wenn er zugleich mein Schuldner ist, unredlich handeln, wenn er die Schuld von mir bezahlt

pflegte, als man ihm schuldig war. PLINIUS *Histor. natur.* Lib. XXXIII. cap. 3. *Guil* BUDAEUS de asse et partibus eius Lib. I. pag. 178. BRISSONIUS Antiquitat. Lib. I. cap. 7 und *Iac.* PERIZONII Diss. de aere gravi §. 3. in EIUS *Dissertationib.* pag. 404.

46) S. BELLOJUS cit. Diss. §. 1. Höpfners Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 978. und HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4119.

47) S. *Sixt. Iac.* KAPF Diss. de compensatione circa maleficia. §. 3. *Frid.* CAPPEL Diss. quaestionem exhibens, an compensationi obstet praescriptio? praes. *Alb. Phil.* FRICK def. *Helmstadii 1794.* §. 3. Andere verwerffen jedoch diese Eintheilung, und nehmen statt einer *compensatio voluntaria* vielmehr eine datio in solutum an. S. *Io.* SCHMIDEL Diss. de compensationibus. Th. 5. und *Io.* WUNDERLICH Diss. de re litigiosa non compensanda. *Ienae 1756.* §. 2.

48) *L. 4. L. 8. L. 14. Cod. h. t.*

bezahlt verlangen wollte; denn er würde mir das Gezahlte wieder zurückgeben müssen [49]). Was würde es ihm also helfen, wenn ich ihm Zahlung leistete? Mir aber könnte es sehr nachtheilig seyn, wenn unterdessen der Empfänger der Schuldsumme insolvent geworden wäre. Mit Recht sagt daher **Pomponius** *L.* 3 *D. b. t.* Ideo compensatio necessaria est, quia interest nostra, potius non solvere, quam solutum repetere. Die Billigkeit erfordert es also, daß sich mein Gläubiger die Abrechnung gefallen lasse, weil er durch das, was er mir schuldig ist, schon wirklich das ganz oder zum Theil hat, was er zu fordern berechtiget ist. Auf diesem Grunde der Billigkeit beruhet, was **Julian** sagt *L.* 2 *D. b. t.* Unusquisque creditorem suum, eundemque debitorem, petentem summovet, si paratus est compensare. Die *compensatio iuris* oder *necessaria*, von welcher wir hier handeln werden, ist also die Aufhebung einer Schuld durch Entstehung einer gegenseitigen liquiden und unbedingten Forderung von gleicher Art. **Modestin** sagt *L.* 1. *D. b. t.* COMPENSATIO est debiti et crediti inter se contributio. Hiermit stimmt auch **Theophilus** in seiner griechischen Paraphrase der Justinianeischen Institutionen [50]) überein, wenn er sagt: *Compensatio* est mutua computatio, (ὁ ἀντέλλογος) id est, debita inter se conferre et computare. Sie setzen also beyde das Wesen der Compensation in einer Vermischung (confusio) und Aufhebung gegenseitiger Forderungen, so wie sie aus wechselseitiger

49) *L.* 173. §. 3. *D. de div. reg. iuris.* Dolo facit, qui petit, quod redditurus est.

50) Lib. IV. Tit. 6. §. 30.

seitiger Zahlung entsteht, welche aber hier nicht wirklich geschieht, sondern nur im rechtlichen Sinn für so gut, als geschehen, angenommen wird. **Gerhard Noodt** [51]) erklärt daher die *Compensatio* durch mutua solutio, iuris interpretatione quasi per brevem manum facta.

§. 929.

Welche Schulden werden durch Compensation getilgt?

Compensation setzt nun also I. eine wechselseitige Schuld voraus. Es müssen nur aber wahre Gegenforderungen existiren, wenn auch die eine nicht so wirksam, als die andere, seyn sollte. Sie fällt daher weg, wenn die Gegenforderung, welche in Abrechnung gebracht werden will, entweder durch das pactum de non petendo aufgehoben, oder von den Civilgesetzen für dergestalt unwirksam erklärt ist, daß ihr nicht nur eine beständig dauernde Einrede entgegen steht, sondern auch dieselbe, wenn sie etwa wäre bezahlt worden, als eine Nichtschuld zurückgefordert werden kann [52]). Z. B. Die Gegenforderung des Schuldners rührt aus einem verbotenen Spiel, oder aus einer von seiner Gläubigerin übernommenen Intercession her. Dies ist der Sinn der L. 14. *D. h. t.* wo **Javolen** sagt: Quaecunque *per exceptionem* perimi possunt, in compensationem non veniunt. Zur Erläuterung können §. 1—5. *I. de exceptionibus* dienen. Eine solche

51) Commentar. ad Dig. h. t. pag. 356.

52) S. *Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XVI. c. 15. pag. 918. §. *Illud debitum.* *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 49. *Ant.* FABER Rational. in Pandect. ad L. 14. D. h. t. *Georg.* FRANTZKIUS Commentar. ad Pand. h. t. nr. 7. *Frid.* CAPPEL Diss. cit. §. 8.

solche Gegenforderung, welcher, wenn sie durch Klage geltend gemacht werden wollte, die exceptio pacti conventi, doli, rei iudicatae, iurisiurandi, SCti Vellejani u. d. entgegengesetzt werden könnte ist so gut, als gar keine. Nihil enim interest, sagt **Paulus** *L.* 112. *D. de div. reg. iuris*, ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur. Als Beispiel führen einige [53]) hier noch die *L.* 56. *D. de pactis* an, wo **Julian** sagt: Si convenerit, ne dominus a colono quid peteret, et iusta causa conventionis fuerit: nihilominus colonus a domino petere potest. Man will das so verstehen, wenn der Pächter mit dem Verpächter wegen einer gewissen rechtmäßigen Ursache den Vertrag geschlossen hätte, daß letzterer von ihm nichts fordern wolle, so könne der Pächter demungeachtet von dem Verpächter verlangen, was dieser ihm schuldig sey, ohne ihm die Einrede der Compensation entgegensetzen zu können. Allein **Julian** dachte hier wohl an keine Compensation, sondern die Frage war blos die, ob der Pachtcontract dadurch aufgehoben werde, daß der Verpächter dem Pächter das schuldige Pachtgeld wegen einer gerechten Ursache z. B. wegen Mißwachses, erlassen hatte. Dieses verneint **Julian** mit Recht, und behauptet vielmehr, der Verpächter werde dadurch nicht von seinen Verbindlichkeiten gegen den Pächter befreit [54]). Statt jener Stelle, würde vielmehr noch fol-

53) *Ge.* D'ARNAUD Variar. Conjecturar. iuris civ. Lib. II. cap. 15. pag. 315.

54) S. *Ant.* FABER Rational ad L. 56. D. de pactis. *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. cap 5. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag. 87.) POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. Lib. II. Tit. 14. Nr. XLII. not. e.

folgende hier einen Platz verdienen. *L.* 95. § 4. *D. de Solution.* Naturalis obligatio, ut pecuniae numeratione, ita *iusto pacto*, vel *iureiurando ipso iure tollitur*: quod vinculum aequitatis, quo solo sustinebatur, conventionis aequitate dissolvitur. Nur solche Gegenforderungen sind also kein Gegenstand der Compensation, wo das Recht und die Verbindlichkeit selbst durch zerstörliche Einreden aufgehoben wird[55]). Ob übrigens die Gegenforderung aus einer natürlichen oder bürgerlichen Verbindlichkeit herrührt, ist gleichviel. Auch wegen einer blos natürlichen, wenn gleich an sich nicht klagbaren Verbindlichkeit, findet Compensation Statt [56]), vorausgesetzt, daß von einer solchen Verbindlichkeit die Rede sey, welche sich auf ein natürliches Zwangsrecht gründet [57]), und welcher die Civilgesetze nicht alle rechtliche Wirkung ausdrücklich entzogen haben. **Ulpian** läßt hierüber keinen Zweifel übrig, wenn er *L.* 6. *D. h. t.* sagt: Etiam, *quod natura debetur*, venit in compensationem. Nur darüber sind die Rechtsgelehrten noch nicht einverstanden, ob eine Forderung, welche binnen der gesetzlichen Verjährungszeit nicht eingeklagt worden, und daher präscribirt ist, gegen eine nachher entstandene Schuld in Abrechnung gebracht werden könne?

Viele

55) S. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 6. S. 59.

56) S. VINNIUS Select. iur. Quaest. Lib. I. cap. 49. und *Io.* VOET Commentar. ad Pand. h. t. §. 13.

57) Hat die Gegenforderung eine blos natürliche Liebespflicht zum Grunde, so ist dieselbe zum Zweck der Compensation nicht hinreichend. S. Webers Beiträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden 1. Stück Nr. 6. Not. 5. S. 53.

Viele [58]) wollen dieſes aus dem Grunde läugnen, weil ſie glauben, daß durch die Verjährung die Verbindlichkeit des Schuldners aufgehoben worden ſey. Sie ſuchen dieſes noch durch den Ausſpruch des **Paulus** zu beſtärken, welcher *L.* 37. *D. de fidejuſſor.* ſagt: Si quis, *poſtquam tempore transacto liberatus eſt*, fidejuſſorem dederit, fidejuſſor non tenetur, quoniam erroris fideiuſſio nulla eſt. Allein die entgegengeſetzte Meinung hat Herr Prof. **Weber** [59]) ſo gründlich vertheidiget, daß ihr wohl ſchwerlich Jemand ſeinen Beyfall verſagen möchte. Man kann es jetzt als einen völlig erwieſenen Grundſatz annehmen, daß die natürliche Verbindlichkeit des Schuldners durch die Verjährung nicht aufgehoben werde. Es würde alſo dem Schuldner, wenn er dennoch, obgleich aus Irrthum, Zahlung geleiſtet hätte, dieſelbe wieder zurückzufordern nicht freiſtehen [60]). Nun ſind Verbindlichkeiten, derentwegen die Zurückforderung des wirklich Bezahlten nicht ſtatt findet, von der Compenſation nicht auszuſchließen [61]). Von die-

58) *Fernand.* VASQUIUS Illuſtrium controverſiar. Lib. II. cap. 53. *Gottl. Ger.* TITIUS Iur. privat. Rom. Germ. Lib. V. cap. 13. §. 37. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXIV. Corollar. COCCEJI Diſſ. de vero debitore abſoluto. Sect. II. §. 21. ſq. und *Mich. God.* WERNHER Lectiſſ. Commentation. in Pand. h. t. §. 13.

59) Beiträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 6. S. 54—60. Man vergleiche auch *Frid.* CAPPED Diſſ. cit. an compenſationi obſtet praeſcriptio? praeſ. *Alb. Frid.* FRICK def. *Helmſt. 1794.*

60) *L. 19. pr. L. 40. pr. D. de condict. indeb.*

61) S. BELLOJUS de compenſatione (in *Theſ. Meerman.* Tom. IV. pag. 733.)

diesen Grundsätzen ist auch **Paulus** in der oben angeführten Stelle keinesweges abgewichen. Denn Erstens zeigt schon der Grund, warum der Bürge nicht gehalten seyn solle, daß hier von einem solchen Fall die Rede sey, wo die Bürgschaft aus Irrthum geschehen war. Dann aber ist noch immer die Frage, ob denn **Paulus** auch wirklich von einer eigentlichen Verjährung, welche blos die Klage des Gläubigers ausschließt, oder nicht vielmehr von einem solchen Falle rede, wo die Schuld selbst nur temporair ist, und mit dem Ablauf einer gewissen Frist die natürliche Verbindlichkeit an sich aufhört. Letzteres hat wenigstens Herr Prof. **Weber** [62]) in Beziehung auf *L.* 44 *D. de obligat. et act.* mit vieler Wahrscheinlichkeit gezeigt. Aus gleichen Gründen läßt sich denn auch behaupten, daß ein Gläubiger, der sich beym Concurs seines Schuldners nicht gemeldet hat, und daher präcludirt worden ist, sich der Compensation bedienen könne, wenn ihn der Schuldner in der Folge gerichtlich belangen sollte [63]). Denn durch die Präklusion verliert ein Gläubiger nur seine Ansprüche an die gegenwärtige Concursmasse, keinesweges aber seine Forderung selbst, es bleibt ihm daher unbenommen, selbige gegen den Schuldner selbst, oder dessen Erben durch anzustellende Klage, oder auch mittelst einer Einrede gerichtlich zu verfolgen [64]). Daß auch Verbindlichkeiten aus Verbrechen

62) Syst. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 92. S. 399. f.

63) S. Webers angeführte Entwickelung §. 93. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 7 Band Nr. 369.

64) Man vergleiche vorzüglich Christoph Christ. Dabelow aus-

brechen, insofern es bloß auf Privatgenugthuung ankommt, eine Compensation zulassen, leidet an sich keinen Zweifel, und es kommt dann auch nicht darauf an, ob die Gegenforderung desjenigen, welcher auf Schadensersatz oder auf die Bezahlung einer Privatstrafe belangt wird, aus einem Vertrage, oder ebenfalls aus einem Delict, gleichviel, ob es von derselben oder von verschiedener Art ist, herrührt[65]). Die Compensation geschieht hier aber immer nur quoad concurrentem summam. Man setze also, A sey dem B hundert Gulden aus einem Darlehn schuldig, nachher habe B den A in einem Handel betrogen, oder ihn bestohlen, und ihn dadurch in einen Schaden von 200 fl. gebracht. Klagt nun A gegen den B aus dem Delict, so kann B seine Forderung aus dem Darlehn in Abrechnung bringen. Ein gleiches würde Statt finden, wenn B aus einem andern Delict, z. B. aus einem damno iniuria dato, oder aus einer ihm zustehenden Injurienklage an den A eine Gegenforderung hätte. Von dieser Compensation ist **Ulpian** zu verstehen, wenn er *L.* 10. §. 2. *D. h. t.* sagt: Quoties ex maleficio oritur actio, utputa ex causa furtiva, caeterorumque maleficiorum, *si de ea pecuniarie agitur*, compensatio locum habet. Idem est, et si condicatur ex causa furtiva[66]). Allein eine andere Frage ist, ob und in wieferne gegenseitige Vergehungen

ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurs der Gläubiger S. 533 — 542.

65) S. *Io. Frid.* EISENBACH Disp. de compensatione circa maleficia vel quasi, occasione Legis XXXVI. Dig. de dolo malo, praes. *Sixto Iac.* KAPFF def. *Tubingae 1778.*

66) S. EISENBACH Diss. cit. §. 18.

und Delicte selbst gegen einander aufgehoben werden können? Hier ist 1) soviel gewiß, daß in Ansehung der öffentlichen Strafe an keine Compensation zu denken sey. Denn hier ist kein wechselseitiger Gläubiger und Schuldner vorhanden, weil durch die öffentliche Strafe nicht dem Beleidigten, sondern dem Staate Genugthuung geleistet wird. Der Staat fordert also von beyden Uebertretern seiner Strafgesetze mit Recht Genugthuung [67]). 2) In Absicht auf die Privatgenugthuung hingegen ist zu unterscheiden, ob die gegenseitigen Vergehungen von gleicher, oder von verschiedener Art sind. In dem ersten Falle findet ohne allen Zweifel eine Compensation Statt. **Papinian** [68]) sagt ausdrücklich: Paria delicta mutua pensatione dissolvuntur. Der Grund dieser Compensation beruhet hier nicht in einer ficta per brevem manum solutio, sondern vielmehr darin, weil es die Gesetze für unbillig halten, gegen den Andern wegen eines Vergehens zu klagen, dessen man sich selbst schuldig gemacht hat [69]). **Labeo** sagt bey **Ulpian** [70]): Iniquum esse, communem malitiam petitori quidem praemio esse, ei vero,

67) *L. 13. §. 5.* verbunden mit *L. 2. §. 4. D. ad Leg. Iul. de adulter. L. 9. §. 5. D. de publican.* S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. Tom. II. *Oper.* pag. 359. *Io. Ulr. de* CRAMER Observationes iur. univ. Tom. IV. Obs. 1155. EISENBACH cit. Diss. §. 15. et 16. Kleinschrod's Systemat. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts 2. Th. §. 92. und Tittmanns Handbuch des deutsch. Peinl. Rechts 1. Th. §. 147. S. 366.

68) *L. 39. D. Soluto matrimon.*

69) S. EISENBACH cit. Diss. §. 13.

70) *L. 4. §. 3. D. de doli mali et met. except.*

vero, cum quo ageretur, poenae eſſe, cum longe aequum ſit, ex eo, quod perfide geſtum eſt, actorem nihil conſequi; und **Ulpian** [71]) ſelbſt erklärt ſich darüber ſehr gründlich, wenn er ſagt: Cum par delictum eſt duorum, ſemper oneratur petitor, et melior habetur poſſeſſoris cauſa, ſicut fit, cum de dolo excipitur petitoris: neque enim datur talis replicatio petitori, aut ſi rei quoque in ea re dolo actum ſit. Die Geſetze enthalten hierüber folgende einzelne Fälle.

2) Wenn zwey Handelskompagnons oder andere ſocii ſich bey der Betreibung eines Geſchäfts einer gleichen Nachläßigkeit ſchuldig gemacht haben, wodurch für beyde derſelbe Schade entſtanden iſt, ſo kann keiner gegen den andern klagen, ſondern es wird hier Culpa mit Culpa compenſirt.

L. 10. *pr. D. de compenſat.* Si ambo ſocii parem negligentiam ſocietati adhibuimus, dicendum eſt, deſinere nos invicem eſſe obligatos, *ipſo iure compenſatione negligentiae facta.*

Es waren z. B. beyde Geſellſchafter in Beitreibung einer Activpoſt ſäumig, und darüber iſt der Schuldner inſolvent geworden. Hier kann keiner dem Andern darüber Vorwürfe machen. Wäre aber die gegenſeitige Nachläßigkeit bey verſchiedenen Geſchäften zu Schulden gebracht worden, und daraus ein verſchiedener Schaden entſtanden; z. B. der eine Socius hat durch Verwahrloſung der Geſellſchaft einen Brandſchaden von 1000 fl. zugezogen, der andere brachte ſie durch ſeine Nachläßigkeit um ein Kapital von 200 fl. ſo findet keine Compenſation der gegenſeitigen

71) *L.* 154. *pr. D. de reg. iuris.*

seitigen Culpa selbst statt, sondern es kann nur in Absicht auf die gegenseitigen Forderungen, welche aus dieser Culpa entspringen, wenn ein Socius gegen den andern auf Schadensersatz klagt, die kleinere Summe des verursachten Schadens, auf die größere Summe abgerechnet werden. Derjenige Socius, welcher einen Schaden von 1000 fl. verursachte, bleibt also, nach Abrechnung des von dem Kläger verursachten Schadensbetrags, noch immer wegen des diese Summe übersteigenden Schadens verantwortlich [72]).

b) Wenn bey Schließung eines Contracts beyde Theile einander betrogen haben, so kann keiner gegen den andern klagen.

L 36. *D. de dolo malo.* Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent.

L. 57. §. 3. *D. de contrab. emt.* — Dolo inter utramque partem compensando.

c) Wenn zwey Ehegatten sich gegenseitig eines Ehebruchs schuldig gemacht haben, so kann keiner gegen den andern auf die Ehescheidung klagen; eben so, wenn das Weib einen Ehebruch begieng, und der Mann ihr selbst dazu durch Verkuppelung Gelegenheit verschafte.

L. 39. *D. Soluto matrim.* Viro atque uxore mores invicem accusantibus, causam repudii dedisse utrumque pronunciatum est. Id ita accipi debet, ut ea lege, quam ambo contemserunt, neuter vindicetur. *Paria enim delicta mutua pensatione dissolvuntur.*

L. 47. *D. eodem.* Cum mulier viri lenocinio adulterata fuerit, nihil ex dote retinetur. Cur enim improbet

72) S. EISENBACH cit. Diss. §. 9.

probet maritus mores, quos ipſe aut ante corrupit, aut poſtea probavit?

Cap. 7. X. de adulter. Tua fraternitas requiſivit a nobis, utrum, aliquo deneganti uxori ſuae, in adulterio deprehenſae, debitum coniugale, ſi poſtmodum ipſe cum alia perpetret adulterium manifeſte, cogi debeat, ut eandem maritali affectione pertractet? Super quo taliter reſpondemus, quod, *cum paria crimina compenſatione mutua deleantur*, vir huiusmodi fornicationis obtentu, ſuae uxoris nequit conſortium declinare.

Auf gleiche Weiſe findet

d) bey wechſelſeitigen Injurien ein Compenſation Statt, wenn ſie der Art und Größe nach einander gleich ſind [73]).

Sind hingegen die gegenſeitigen Beleidigungen der Art nach ungleich, ſo werden ſie an ſich durch Abrechnung nicht aufgehoben, wenn ſie auch dem Grade nach einander gleich ſeyn ſollten, ſondern ein jeder muß dem andern die der Beleidigung angemeſſene Genugthuung leiſten. Daher kann kein Dolus mit einer bloßen Culpa, keine Injurie mit einem Diebſtahl, keine Real- mit einer Verbalinjurie compenſirt werden. Zwar kann auch bey gegenſeitigen Beleidigungen verſchiedener Art in Anſehung der daraus entſpringenden Anſprüche auf Privatgenugthuung, inſofern ſie der Art nach gleich ſind, wohl eine Compenſation Statt finden; allein dieſe geſchieht denn doch nur bis auf die concurrente Summe; dahingegen, wenn Delict mit

Delict

73) *L. 52. §. 1. D. ad Leg. Aquil.* S. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Decad. LVII. §. 7. und Tittmanns Handbuch des deutſch. Peinl. Rechts. 1. Th. §. 177.

Delict compensirt wird, aller gegenseitiger Anspruch wegfällt [74]).

§. 930.

Gleichartigkeit der gegenseitigen Forderungen.

Die gegenseitigen Forderungen, welche gegen einander abgerechnet werden sollen, müssen II. generische Forderungen von gleicher Art seyn, welche in fungiblen Sachen bestehen [75]). Denn diese sind ihrer Natur nach so beschaffen, daß eine der andern substituirt werden kann, und von denen **Ulpian** [76]) sagt, quod in genere suo functionem recipiant per solutionem. Also Geld gegen Geld, Getraide gegen Getraide, Wein gegen Wein von gleicher Art und Güte [77]). Eine Species hingegen, selbst wenn sie an sich eine fungible Sache ist, kann weder mit einer andern Species, noch mit einer Gattung oder Quantität compensirt werden [78]). Emund Meril=

74) S. EISENBACH Diss. cit. de compensatione circa maleficia §. 9. pag. 21. §. 13. pag. 35. §. 19. §. 20. pag. 54. §. 22. et §. 24.

75) *L. 4. L. 8. L. 11. Cod. h. t.* SCHULTING Thes. controvers. Dec. LVII. Th. 8.

76) *L. 2. §. 1. D. de reb. credit.*

77) *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pandect. h. t. §. 9.

78) *L. 18. pr. D. de pignorat. act. L. 13. §. 2. D. de pignorib. L. 6. Cod. de rei vindicat. L. 31. §. 1. D. de reb. credit.* So wird z. B. das Geld, was als eine an einem bestimmten Orte vorhanden seyn sollende Baarschaft vermacht worden ist, in den Gesetzen, als eine Species angesehen, und soll auch rechtlich eben so behandelt werden. *L. 51. D. de legat. I.* Sed si certos nummos, veluti *quos in arca habet*, legavit,

non

Merillius [79]) will zwar behaupten, **Justinian** habe dies alles durch die *L. ult. Cod. h. t.* abgeändert. Vermöge dieser neuern Verordnung könne nun auch eine Species mit einer Quantität compensirt werden, weil Compensationen bey allen Klagen ohne Unterschied Statt haben sollen, sie seyen dingliche oder persönliche. Allein aus der Verordnung ist nicht zu ersehen, daß **Justinian** das ältere Recht habe abändern wollen, und es läßt sich auch eine solche Abänderung aus dem von **Merill** angeführten Grunde nicht folgern, wie schon **Püttmann** [80]) zur Genüge gezeigt hat. Ob nicht aber auch dann eine Compensation Statt finden könne, wenn die gegenseitigen Forderungen nicht sowohl in fungiblen Sachen bestehen, sondern vielmehr ein Genus zum Gegenstande haben, z. B. beyde Theile sind einander gegenseitig ein Pferd zu liefern schuldig, ist nicht ausser Zweifel. Die meisten Rechtsgelehrten [81]) stimmen indessen darin überein, daß die Compensa-

non numerata pecunia, sed ipsa corpora nummorum continentur: neque permutationem recipiunt: et exemplo cuiuslibet corporis aestimanda sunt. Man vergleiche noch damit *L. 30. §. 6. D. eodem*, und *L. 30. §. 4. D. ad Leg. Falcid.* Zwar läugnet dennoch *de* COCCEJI in iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. daß das Geld auch in diesem Falle für eine solche Species zu halten sey, welche die Compensation ausschließe. Allein man man sehe VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 18. MAESTERTIUS Tr. de compensat. Qu. 19. FACHINAEUS Controv. iuris Lib. I. cap. 6 und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. q.

79) Observation. Lib. IV. cap. 35.

80) Interpretation. et Observation. iur. Rom. cap. 32. Man sehe auch SCHIFORDEGHER ad *Ant.* FABRUM Lib. I. Tr. II. Qu. 2.

81) *Io. Iac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXXI. Th. I. pag. 318. *Henr.* ZOESIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 14. *Io.*

pensation wenigstens alsdann für zuläßig zu halten sey, wenn beyden gegenseitigen Schuldnern, wie gewöhnlich, die Wahl zusteht. Voet hat sich hierüber am gründlichsten erklärt, wenn er sagt: Quantitatis debito simile, quantum ad compensationem attinet, *si idem genus utrimque sit debitum*, ita ut utrimque debitori competat electio, quam speciem ex genere debito velit solvere; eo quod tunc quisque liberari potest solvendo eam speciem, quae ei per adversarium soluta est, nec aliam accipere compellitur, quam qua reddita vicissim ipse liberatur. Secus si vel ex uno latere vel utrimque creditoris electio esset, quam ex genere debito speciem persequatur; cum hoc casu verum non sit, unumquemque solutione illius speciei, quam ex genere debito consecutus est, vicissim defungi posse. Auf keinen Fall findet jedoch eine Compensation verschiedenartiger Gattungsforderungen Statt [82]), wohin aber doch keinesweges der Fall zu rechnen ist, wenn die Schuld des einen verzinslich, die Schuld des andern aber unverzinslich ist [83]); Getraide und Wein hingegen lassen sich nicht gegen

Io. VOET Comm. h. t. §. 18 und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LVII. §. 8.

82) *L.* 2. §. 1. *D. de reb. credit.* *L.* 13. §. 2. *D. de pignerat. act.* S. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. *Fabrum.* Lib. I. Tract. II. Qu. 4. et 5.

83) *L.* 11. *D. h. t.* Cum alter alteri pecuniam sine usuris, alter usurariam debet, constitutum est a *Divo Severo*, concurrentis apud utrumque quantitatis usuras non esse praestandas. Der *Divus Severus*, dessen hier Ulpian gedenkt, ist nicht Alexander, wie Cujaz Lib. VIII. Observation. cap. 16. und *Dion.* GOTHOFREDUS meinen, sondern Septimius Severus,

gegen einander abrechnen. Eben so wenig gegenseitig schuldige Facta [84]). In zwey Fällen will jedoch Justinian auch dann keine Compensation eintreten lassen, wenn gleich die Forderungen an sich compensabel seyn sollten; nämlich 1) wenn mit der actio depositi geklagt wird. Hier kann sich der Depositar nie auf die Compensation berufen, es mag gegen ihn auf die Zurückgabe der deponirten Sache in Natur, oder auf die Vergütung des Werths derselben geklagt werden [85]). In Rücksicht des letzern Falles ist zwar Hellfeld anderer Meinung, allein die Gesetze machen keine Ausnahme. *L. ult. Cod. h. t.* sagt: excepta *actione depositi* secundum nostram constitutionem, *in qua nec compensationi locum esse disposuimus.* Eben so heißt es §. 30. *I. de Actionib.* Excepta sola *depositi actione*, cui ali-

verus, unter dessen Sohne Caracalla Ulpian seine libros ad Edictum schrieb. Denn unter dem Kr. Alexander wurde Ulpian ermordet. (DIO CASSIUS Lib. 80.) er konnte ihn also wohl nicht *Divus* nennen. S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LVII. Th. 6. und *Herm.* CANNEGIETER Observat. iur. Rom. Lib. II. cap. 1. pag. 141.

84) Arg. *L. 31. D. de Solution.*

85) *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 15. *Ev.* OTTO Commentar. et notae crit. ad Institut. ad §. 30. de Actionib. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 20. *Pet.* BELLOJUS de compensat. (Tom. IV. *Thes. Meerman.* pag 735.) *Pet. Adrian. van der* BRANDE Diss. de religione in Deposito adhibenda. *Ultraj. 1736.* §. 5. sq. STRYK Us. mod. Pand. Lib. XVI. Tit. 3. §. 9. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. h. t. §. 12. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 6. Band Medit. 346. EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. IX. not. q. und Thibaut Syst. des Pand. R. 2. Th. §. 1900. B.

aliquid *compensationis nomine* opponi, sane iniquum esse credimus: *ne sub praetextu compensationis depositarum rerum quis exactione defraudetur.* Die Verordnung selbst, auf welche sich **Justinian** bezieht, ist *L.* 11 *Cod. Depositi*, wo er sagt: Si quis vel pecunias vel res quasdam per depositionis acceperit titulum, eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur: *nullam, que compensationem, vel deductionem, vel doli exceptionem opponat*, quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel in rem, vel hypothecariam praetendens: cum non sub hoc modo depositum acceperit, *ut non concessa ei retentio generetur, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur.* Der Grund dieser Verordnung ist unstreitig die vorzügliche Treue, welche von einem Depositar billig erwartet, und mit Recht gefordert wird [86]). 2) Wenn wider denjenigen geklagt wird, der einen fremden Besitz rechtswidrig ergriff. Dieser kann die unverzügliche Zurückgabe der Sache durch keine Compensation von sich abwenden, seine Gegenforderung sey beschaffen, wie sie wolle. Justinian sagt *L. ult.* §. 2. *Cod. h. t.* Possessionem autem alienam

86) Justinian scheint jedoch hierin nichts Neues verordnet zu haben, wie auch schon CUJACIUS Lib. VIII. cap. 16. *Iac.* RAEVARDUS Varior. Lib. I. cap. 11. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Quacunque* pag. 359. nicht ohne Grund, bemerkt haben. Denn schon PAULUS sagt Lib. II. Sententiar. Recept. Tit. 12. §. ult. (in SCHULTING *Iurisprud. Antejust.* pag. 282.) In causa depositi compensationi locus non est, sed res ipsa reddenda est. Man sehe auch *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. h. t. ad §. 30. I. de actionib. pag. 585. sq. und *Franc.* HOTOMANI Commentar. ad §. 30. I. de action. pag. 464.

nam perperam occupantibus, compensatio non datur. Es tritt hier die bekannte Regel ein: *Spoliatus ante omnia est restituendus.* Haben beyde Theile einander gegenseitig spoliirt, so kann zwar die exceptio spolii dem opponirt werden, welcher selbst gegen den Andern actione spolii klagt; allein eine Compensation findet deswegen nicht Statt, sondern die Wirkung der vorgeschützten Einrede besteht blos darin, daß der Beklagte sich auf die Klage nicht eher einzulassen schuldig ist, als wenn er zuvörderst vom dem Kläger ist restituirt worden [87]).

§. 931.

Liquide und betagte Forderungen.

Die gegen einander abzurechnenden Forderungen müssen ferner III. liquid seyn. **Justinian** sagt *L. ult.* §. 1. *Cod. h. t.* Ita tamen *compensationes* obiici iubemus, *si causa, ex qua compensatur, liquida sit*, et non multis ambagibus innodata, sed possit iudici facilem exitum sui praestare. Die Gegenforderung, welche durch die Einrede der Compensation geltend gemacht wird, ist aber denn für liquid zu halten, wenn die Thatsache, worauf sie sich gründet, von dem Gegner eingeräumt, oder sonst rechtlich erwiesen ist [88]). Ob sie indessen sogleich, und aus klaren Urkunden erweislich seyn müsse, oder ob es genug ist, wenn nur zu der Zeit, da der Richter

87) S. *Iust. Henn.* BOEHMER Iur. eccles. Protestant. Tom. I. Lib. II. Tit. 13. §. 5. nr. II. und EISENBACH Diss. de compensatione circa maleficia, praes. *Sixt. Iac.* KAPFF defens. §. 22. pag. 66. sq.

88) *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 17.

ter darüber erkennt, die Thatsachen in den Acten als ausgemacht zu Tage liegen, so daß der Richter sie zum Grunde der Entscheidung legen kann, hängt theils von der gewählten Prozeßart, theils von der Art der Wirkung ab, die man durch die Compensation beabsichtiget. Man unterscheide also folgende Fälle. Es wird entweder I. im ordentlichen Prozeß geklagt, und dann wird die Einrede der Compensation entweder 1) gleich anfangs vorgeschützt. Hier muß dieselbe nur dann sogleich liquid seyn, wenn sie als eine prozeßhindernde Einrede vorgeschützt wird, wodurch der Beklagte die Einlassung auf die Klage von sich abzulehnen sucht. Ausserdem muß der Beklagte zum Beweis seiner Einrede gelassen werden, wenn er auch in der Einlassung die ursprüngliche Richtigkeit der Forderung des Klägers zugegeben haben sollte. Dieß ist die Regel, welche bey allen peremtorischen Einreden gilt, die der Beklagte zur gehörigen Zeit angebracht hat [89]). Sie muß also auch bey der Einrede der Compensation gelten, da die Gesetze in Ansehung derselben keine Ausnahme gemacht haben. Diesem ist auch die oben angeführte Verordnung des Krs Justinian nicht entgegen, als welche offenbar nur den Fall betrift, da Jemand nicht gleich anfangs die Einrede der Compensation vorschützt, sondern von derselben erst nach geendigtem Verfahren, da die Sache bereits zum Urtheile, oder gar schon zur Execution gediehen ist, Gebrauch zu machen, und nur blos die Sache damit aufzuhalten sucht. Die Worte: *Satis enim miserabile est, post multa forte variaque certamina, cum res iam fuerit approbata, tunc ex altera parte, quae*

89) *L. 9. Cod. de except. L. 1. Cod. de probat. L. 19. D. eod.*

quae iam pene convicta eſt, opponi compenſationem iam certo et indubitato debito, et moratoriis ambagibus ſpem condemnationis excludi, ſetzen dieſes auſſer allen Zweifel [90]). Es würde alſo ungerecht, und ganz der Abſicht der Geſetze zuwider ſeyn, wenn der Richter unter dem Schilde der hier übel angewandten, ſonſt richtigen Regel: *illiquidi cum liquido nulla eſt compenſatio* [91]), die Einrede der Compenſation darum, weil ſie nicht ſogleich liquid gemacht werden konnte, verwerffen, und damit den Beklagten zum beſondern Prozeß verweiſen wollte [92]). Zur Beweisführung dieſer Einrede kann ſich denn auch der Beklagte der ordentlichen Beweismittel, und alſo auch der Eidesdelation [93]) bedienen. Es ſind ihm auch die ordentlichen Friſten zu geſtatten [94]). Nur der Fiskus hat das Vor-

90) Man vergleiche hier vorzüglich *Hug.* DONELLUS Commentar. ad L. ult. Cod. de compenſat. nr. 9 *Arn.* VINNIUS Selectar. iuris Quaeſtion. Lib I. cap. 50. und *Tob. Iac.* REINHARTH Select. Obſervation. ad Chriſtin. Deciſion. Vol. I. Obſ. 69.

91) *Io. Tob.* CARRACH Progr. de brocardico: illiquidi cum liquido nulla eſt compenſatio *Halae 1738.* G. T. SCHIRGES Diſſ. de eo, quod iuſtum eſt circa ſeparationem debiti in litem deducti illiquidi a liquido. *Goett. 1798.*

92) S. Joh. Chriſt. von Quiſtorp rechtliche Bemerkungen. 2. Th. Bemerk. 69. Ad. Diet. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 1. St. Nr. 6. S. 60 — 63. Gebr. Overbek Meditationen über verſchiedene Rechtsmaterien 8 Band Medit. 45 und Höpfners Commentar über die Heinecc. Inſtitutionen. §. 979. Not. 4.

93) S. *Chriſt.* THOMASIUS ad *Huberi* Praelection. in Pandect. h. t. §. 3.

94) CARPZOV Iurisprud. for. P. I. Conſt. 8. Definit. 13.

Vorrecht, daß, wenn ihm die Einrede der Compensation entgegengesetzt wird, dieselbe binnen zwey Monaten klar gemacht werden muß [95]). Wird hingegen 2) diese Einrede erst nach erfolgtem richterlichen Erkenntniß, um die Hülfsvollstreckung zu verhindern, vorgebracht, so findet sie anders nicht Statt, als wenn sie sogleich liquid gemacht werden kann. Eben dieses gilt nun auch II in dem Falle, da executivisch aus einem klaren Schuldocument (instrumento guarentigiato) geklagt worden ist. Denn in solchen Prozeßarten, welche ein executivisches Verfahren zulassen, und eben darum auch als Ausnahmen von der Regel zu betrachten sind, hat der Richter freylich auf Einreden, die zur Zeit des abzufassenden Urtheils nicht schon liquid sind, gegen eine zugestandene, oder mit Erfolg nicht weiter abzuläugnende Forderung des Klägers keine Rücksicht zu nehmen [96]). Man erfordert auch hier nach dem Gerichtsgebrauche zum Beweis der vorgeschützten Einrede der Compensation eben so klare und guarentigiirte Urkunden, als zur Begründung der Executivklage selbst gebraucht werden müssen [97]). Endlich IV. müssen auch die gegenseitigen Schulden, wenn eine Compensation Statt finden soll, auf gleiche Art fällig und zahlbar seyn. Darum kann eine bedingte Forderung eben so wenig mit einer unbedingten, als eine schon jetzt exigible mit einer noch unbetagten compensirt werden, wofern nicht etwa die

95) *L. 46. §. 4. D. de iure fisci.* Qui compensationem opponit fisco; intra duos menses debitum sibi docere debet.

96) S. Weber über die Verbindlichkeit zur Beweisführung im Civilprozeß S. 303.

97) CARPZOV P. I. Const. 8. def. 14.

die Bedingung oder Zeitbestimmung blos zum Vortheil dessen, welcher die Einrede der Compensation vorschützt, beygefügt ist [98]). Verschieden davon ist der Fall, wenn die Forderung an sich zahlbar, und blos der Billigkeit wegen dem Schuldner eine Zahlungsfrist gesetzt ist. Eine solche Zahlungsfrist steht der Compensation nicht im Wege [99]). **Papinian** unterscheidet dieses genau, wenn er *L.* 16. §. 1. *D. h. t.* sagt: Cum intra diem ad iudicati executionem datum [100]) judicatus Titio agit cum eodem Titio, qui et ipse pridem illi iudicatus est, compensatio admittetur: aliud est enim, diem obligationis non venisse, aliud humanitatis gratia tempus indulgeri solutionis [1]).

§. 932.

Unter welchen Personen findet die Compensation Statt?

Die Compensation findet zwischen denen, die sich wechselseitig etwas schuldig sind, ohne Unterschied des Geschlechts, Alters und Standes Statt [2]). Man kann sie daher auch einer

98) *L. 7. pr. D. h. t.* Quod in diem debetur, non compensabitur, antequam dies venit, quamquam dari oporteat. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. pag. 357. sq. und BOEHMERI Consultat. et Decis. Tom. II. P. I. Resp. 301. et 302.

99) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 17.

100) Siehe den 5. Th. dieses Commentars §. 450. S. 504. Not. *) und *Ger.* NOODT h. t. pag. 358.

1) Man vergleiche noch *L. 7. D. de re iudicata* und *L.* 2. *Cod. h. t.* auch *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad L. 16. §. 1. D. h. t.

2) *L.* 2. *D. h. t.* *L.* 11. *Cod. eodem.* *L.* 3. *Cod. de contr. tutelae iudic.*

einer Stadt, ja dem Fiskus selbst entgegensetzen [3]). Denn der Fiskus hat hierin die Rechte der Privatpersonen [4]). Nur einem unter dem Fiskus stehendem Bureau darf man die Schulden anderer Bureaus oder des Fiskus nicht anrechnen, denn es würde daraus eine Confusion in den Rechnungen der verschiedenen Beamten und Cassen entstehen [5]). Hat man es aber mit dem Fiskus selbst, oder wie man jetzt sagt, mit der fürstlichen Kammer zu thun, so ist es beyden Theilen erlaubt, sich auf die Schulden und Forderungen irgend eines Bureau zu berufen [6]). Stationes enim omnes, sagt **Pufendorf** [7]) ganz richtig, fisco continentur, eoque deferuntur, vix aliter, quam rivuli in maiorem fluvium, vel flumina in mare defluunt. Es verdienen hier noch folgende Stellen des römischen Rechts ausgezeichnet zu werden.

L. 1. *Cod. b. t.* Et Senatus censuit, et saepe rescriptum est, compensationi in causa fiscali ita demum

3) *L. 46. §. 5. D. de iure fisci.* DONELLUS in Commentar. iur. civ. Lib. XVI. cap. 15. und *Io. Ge.* FICHTNER Disput. de compensatione fisci. *Altdorfii 1702.* §. 15. sqq.

4) *L. 12. pr. D. h. t.*

5) *L. 1. Cod. h. t. L. 3. Cod. eodem.*

6) *L. ult. D. h. t.* Iussit Imperator audiri adprobantem sibi a fisco deberi, quod ipse convenitur. Baudoza liesst hier besser: *in quod ipse conveniatur*, welches also soviel ist, als *id*, in quod etc. wie *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano Tom. II. pag. 1018. ad L. 46. §. 4 D. de iure fisci §. 1. diese Stelle erklärt. Man sehe auch Thibaut System des P. R. 2. Th. §. 1000.

7) Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 79. §. 3.

mum locum eſſe, *ſi eadem ſtatio quid debeat* [8]), quae petit. Atque hoc iuris *propter confuſionem diverſorum*

8) In den *Baſilicis Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 10. Conſtit. 25. pag. 579.* kommt zur Erläuterung dieſer Stelle folgende Paraphraſe vor. Ὁ δημόσιος ἐν διαφόροις ἐπαρχίαις ἔχει τούς προνοητὰς τῶν διαφερόντων αὐτῷ πραγμάτων, καὶ λέγεται ἑκάστη φροντὶς ϛατίων. i. e. *Fiscus in diverſis provinciis habet rerum ſuarum procuratores, et dicitur unaquaeque procuratio* STATIO. *Statio* hieß bey den Römern eigentlich ein ſolcher Ort, wo ein öffentlicher Beamter, beſonders ein Procurator fisci, zur Einnahme der herrſchaftlichen Gefälle angeſtellt war. Die kaiſerlichen Rentbeamten wurden davon auch *Stationarii* genennt. *L. 5. Cod. de vectigalib.* Allein hier heißen *Stationes*, wie *Iac.* GOTHOFREDUS in Commentar. ad L. 19. Cod. Theodoſ. de ſuſceptorib. Tom. IV. pag. 584. ſagt, was wir heut zu Tage *Bureaux de receptes* nennen. Man ſehe auch *Iac.* CUJACIUS in Recitation. Solemn. ad L. 1. Cod. h. t. et ad L. 1. C. Ne fiscus rem, quam vend. evincat. In den Baſiliken heißt es nun weiter: *Illud quoque diſce*, nach der Ueberſetzung des Fabrots, *fiſco agenti opponi compenſationem. Verum hoc ita procedit, ſi eadem ſtatio quid debeat, quae petit: utputa ſi Catholicus Alexandrinus fiscale debitum petat, debitor autem dicat, ſibi quid debere Catholicum Antiochenum: quoniam alia ſtatio eſt, exceptionem non habet: ſeparata enim eſt utriusque ſtationis ratio: et ſi compenſationem admittamus, confunduntur procurationes et rationes Catholicorum.* Ich bemerke hierbey nur noch, daß die procuratores fisci, welche die herrſchaftlichen Gefälle beytrieben, zum Unterſchied derjenigen, die nur eine beſondere Art derſelben verwalteten, *Catholici* oder auch *Catholiciani* genennt wurden. *L. 9. §. ult. Cod. de bonis proſcriptor.* S. CUJACIUS Recitat. ad L. 5. Cod. de iure fisci. und *Gottfr.* MASCOV Diſp. de procuratore Caeſaris. *Altorfii 1724. §. 7.*

officiorum tenaciter ſervandum eſt. Si quid autem tibi ex ea ſtatione, cuius mentionem feciſti, deberi conſtiterit, quam primum recipies.

L. 3. *Cod. eodem.* In ea, quae Reipublicae te deberi fateris, compenſari ea, quae invicem ab eadem tibi debentur, is, cuius de ea re notio eſt, iubebit, ſi neque *ex calendario*, neque *ex vectigalibus*, neque *olei publici pecunia*, neque *tributorum*, neque *alimentorum*, neque eius, *qui ſtatutis ſumtibus ſervit*, neque *fideicommiſſi* civitatis debitor ſis.

L. 46. §. 5. *D. de iure fiſci.* Ut debitoribus fisci, quod fiscus debet, compenſetur, ſaepe conſtitutum eſt: excepta *cauſa tributoria* et *ſtipendiorum*, item pretio *rei a fisco emtae*, et quod *ex cauſa annonaria* debetur.

Aus dieſen Geſetzſtellen erhellet zugleich, daß es Fälle giebt, wo dem Fiskus keine Compenſation entgegengeſetzt werden kann. Es gehören hierher folgende. 1) Wenn der Schuldner baar angeliehene Gelder an den Fiskus zu bezahlen hat. Dies iſt der Sinn der Worte: *Si ex calendario Reipublicae debitor ſit*, in der *L.* 3. *C. h. t.* wie auch aus den Baſiliken [9]) erhellet, wo dieſe Worte ſo lauten: εἰ μὴ ἄρα ὀφειλῶν, ἢ ἀπὸ χρημάτων πολιτικῶν, τῶν δανειξομένων τοῖς δεομένοις χρεωςῆι. i. e. niſi ex pecunia civitatis, quae petentibus credi ſolet, debitor ſit. Denn *Calendarium* hieß bey den Römern der codex foenebris pecuniae, worin die Namen der Schuldner verzeichnet waren, denen man Gelder auf Zinſen dargeliehen hatte. Dieſes verzinßliche Ausleihen geſchahe gewöhnlich am erſten eines Monats, (Calendae) und am erſten eines jeden

9) Tom. III. Lib. XXIV. Tit. 10. conſtitut. 27. pag. 580.

den Monats waren denn auch die Zinsen fällig, wie Joseph Averanius [10]), aus mehreren Stellen der Klassiker gezeigt hat. Dergleichen Calendarien hielten nicht nur Privatgläubiger, sondern auch Städte und der Fiskus, worüber eigene curatores calendarii gesetzt waren [11]). Daher wird denn auch metonymisch das Wort *Calendarium* für ein verzinslich ausgeliehenes Anlehn genommen [12]). Die Compensation fällt 2) weg, wenn Jemand Steuern, Zoll, und öffentliche Naturallieferungen [13]) oder Gelder, die zum Ankauf von Getraide für den Staat und zur Anschaffung anderer Bedürfnisse bestimmt sind, zu entrichten hat. Ausser der angeführten *L.* 3. *C. h. t.* und *L.* 46. §. 5. *D. de iure fisci* [14]) gehört noch hierher *L.* 20. *D. h. t.* wo **Papinian** sagt: Ob negotium copiarum expeditionis tempore mandatum curatorem condemnatum, pecuniam iure compensationis retinere non placuit: quoniam ea non compensantur. d. h. Wer Geld vom Staat erhielt, um zur Zeit eines Feldzugs Proviant für die Armee zu kaufen, kann, wenn er deshalb zur Verantwor-

10) Interpretation. iuris Lib. II. cap. 28. nr. 5. S. auch den 9. Th. dieses Commentars §. 632. S. 178.

11) *L.* 10. *Cod. Theod. de curator. Calendar. L.* 18. §. 2. *D. de munerib. et honorib. L.* 9. §. 7. *D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.*

12) S. FICHTNER cit. Diss. §. 16.

13) Man pflegt jedoch eine Ausnahme zu machen, wenn der Schuldner wegen solcher Naturallieferungen im Vorschuß ist. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 10. und *Mich. God.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 3.

14) Man sehe über diese *L.* 46. *Ios.* FINESTRES Hermogenianus Tom. II. pag. 1020. sqq.

antwortung gezogen wird, nicht auf eine Forderung, die er an den Fiskus hat, abrechnen [15]). Das Wort *copiae* drückt also hier das aus, was man sonst annona militaris oder commeatus nennt, in welcher Bedeutung es öfters in den römischen Klassikern vorkommt, wie **Franz Duaren** [16]) gezeigt hat. Man nannte dergleichen curatores annonae, σιτῶνας, oder *frumentarios* [17]). Hatte hingegen ein solcher Curator das empfangene Geld zwar zweckmäßig verwendet, allein der Aedilis [18]), an welchen das erkaufte Getraide oder der Proviant zur Austheilung war abgeliefert worden, hatte weniger vertheilt, als er sollte, so konnte letzterer, wenn er deshalb zum Ersatz war verurtheilt worden, auf eine Gegenforderung an den Fiskus abrechnen, weil er hier nicht als debitor pecuniae frumentariae anzusehen war. Diesen Unterschied bemerkt **Papinian**, wenn er L. 17. *D. h. t.* sagt: Ideo condemnatus, *quod arctiorem annonam aedilitatis* [19]) *tempore praebuit,*

15) *L. 2. §. 4. D. de administrat. rer. ad civitat. pertinent.*

16) Disputation. anniversar. Lib. I. cap. 26. Man sehe auch *Ulr.* HUBERI Eunom. Rom. pag. 587. *Ev.* OTTO de aedilib. coloniar. et municipior. Cap. 10. §. 1. pag. 343. und *Io. Guil.* HOFFMANN Meletem. ad Pand. Disp. XV. §. 7.

17) *L. 18. §. 5. D. de munerib. et honorib.*

18) Die Aedilen, für welche die Austheilung des Getraides gehörte, waren nicht die curulischen, wie RAEVARDUS Varior. lib. III. cap. 17. und SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. 28. §. 35. irrig behaupten, sondern die Aediles municipales. S. *Ev.* OTTO de aedilibus coloniar. et municipior. Cap. 10. §. 6. et 7.

19) Statt *aedilitatis*, wie die Florentinischen Pandecten lesen, wollen andere lieber *edulitatis* lesen, und verstehen darunter eine

buit [20]), frumentariae pecuniae debitor non videbitur: et ideo compensationem habebit. Die Compensation gegen den Staat fällt ferner 3) weg, wenn man demselben Alimentengelder schuldig ist, die ihm zum Unterhalt seiner Armen und Hülfsbedürftigen vermacht worden sind [21]). Die Basiliken [22]) paraphrasiren hier so: διατροφαὶ δέ εἰσιν, ὡς ἐὰν τις τελευτῶν, κατέλειψε πόλει τινὶ ληγάτον, πρὸς ἀποτροφὴν τῆς ἀχρήστου ἡλικίας, i. e. *alimenta autem sunt,*

eine Austheilung eßbarer Waaren unter das Volk zur Zeit einer großen Theurung aus landesfürstlicher Freygebigkeit. S. DUARENUS a. a. O. So lieset auch Baudoza, und eben so unser Erlanger Codex. Dieser Leseart giebt auch FICHTNER in Diss. de compensatione fisci §. 21. den Vorzug. Allein die florentinische Leseart vertheidigen *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. II. cap. 23. et Lib. XIV. cap. 13. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L. 17. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 16. *Ev.* OTTO cit. loc. §. 7. pag. 364. sq. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Decad. LVII. Th. 3. *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano pag. 1025. §. 10. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. IX. not. a. Diese Leseart bestätigen auch die *Basilicæ* Tom. III. pag. 578. wo es heißt: ἐν τῷ ἀγοραζειν:

20) Was es heiße, wenn Papinian sagt, arctiorem annonam praebuit, erklärt *Ev.* OTTO de aedilib. coloniar. Cap. 10. §. 6. pag. 359. mit dem griechischen Scholiasten auf folgende Art: *quod, cum in magistratu esset,* (sc. Aedilis) *panes civiles, vel quidquid annonae nomine venit, erogarat parcius, vel iniusto pondere, aut pretium publica auctoritate constitutum excesserat.* POTHIER in Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. IX. not. b. pag. 448. hingegen sagt: *quod aliquid subduxit ex quantitate annonae, quae viritim populo praebenda erat.*

21) *L. 3. Cod. h. t.* Verb. neque alimentorum.

22) Tom. III. pag. 580.

sunt, puta si quis legatum reliquerit in alimenta infirmae aetatis. Zur Erläuterung kann auch eine Stelle in den Pandecten dienen, worauf sich in den Basiliken bezogen wird. *L.* 122. *pr. D. de legat. I.* wo Paulus sagt: Quod in alimenta infirmae aetatis (puta senioribus, vel pueris, puellisque) relictum fuerit, ad honorem civitatis pertinere respondetur. Viele [23]) wollen jedoch dieses nicht für ein Vorrecht des Staats halten, sondern setzen den Grund dieser Ausnahme vielmehr in einer Begünstigung derjenigen, um deren Willen die Alimente dem Staate vermacht worden sind. Sie stellen daher den allgemeinen Grundsatz auf, daß überhaupt kein Schuldner, welcher Alimente zu zahlen hat, diese zur Compensation bringen dürfe. Allein daß den Alimenten an sich dieses Vorrecht eingeräumt sey, läßt sich nicht erweisen. Es findet daher hier keine Ausdehnung statt. [24]). 4) Wenn der Schuldner etwas zahlen soll, was zu einem festgesetzten Zweck bestimmt ist, z. B. zu Besoldungen der Staatsdiener, oder zum Fonds und Erhaltung gewisser öffentlicher Anstalten, oder zur Bestreitung der Kosten gewisser öffentlicher festgesetzter Feierlichkeiten, wie Cujaz [25]) die Worte *eius*

23) CARPZOV P. I. Const. VIII. Definit. 9. SCHILTER Prax. Iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 36. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. VOET Comm. h. t. §. 16. FABER in Cod. definit. for. h. t. Defin. 7. und FICHTNER Diss. de compensat. fisci §. 23.

24) S. *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 7. und THIBAUT Syst. des P. R. 2. B. §. 1000.

25) Recitation. Solemn. in Cod. h. t. ad rubr. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. IX. not. l.

eius sc. pecuniae, *quae* (so ist statt *qui* zu lesen) [26]) *statutis sumtibus servit*, erklärt. Endlich 5) wenn er wegen eines Fideicommisses dem Staate verpflichtet ist. *L.* 3. *C. h. t.* sagt: neque *fideicommissi civitatis debitor sis.* Ein gleiches Vorrecht wird auch den Municipien eingeräumt [27]). Noch ist zu bemerken, daß auch derjenige, welcher dem Fiskus Kaufgelder schuldig ist, in Rücksicht derselben die Einrede der Compensation nicht vorschützen könne.

L. 7. *Cod. h. t.* Si ex venditione pretium venditori debetur: compensationis ratio opponitur. *Adversus fiscum enim solummodo emtores petitioni pretii compensationem objicere prohibentur.*

Eben dieses bestätigt auch die oben angeführte Stelle **Hermogenians** *L.* 46. §. 5. *D. de iure fisci.* Man giebt hiervon insgemein den Grund an, weil fiskalische Güter gewöhnlich nur im Nothfall verkauft zu werden pflegen, wenn der Staat Geld braucht [28]). **Hellfeld** nimmt jedoch den Fall aus, wenn der Fiskus eine Sache verkauft, worauf der Käufer eine prioritätische Forderung hat, so daß er vor allen andern Gläubigern aus dem Kaufpreise seine Befriedigung erhalten muß. Allein diese Ausnahme betrift nicht den Fall, wenn eine fiskalische Sache verkauft wird, sondern wenn der Fiskus Sachen eines in Con-

26) Diese Leseart billigen auch Russard und Charondas in ihren Ausgaben des Codex ad L. 3. h. t. Eben so Thibaut a. a. O. Not. q. S. 386.

27) S. FICHTNER cit. Diss. §. 15.

28) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 8. in fin. FINESTRES Hermogenian. ad L. 46. §. 5. D. de iure fisci §. 8. pag. 1023. sq. und FICHTNER cit. Diss. §. 26.

Concurs gerathenen Schuldners, als Gläubiger, öffentlich verkauft, und reducirt sich auf die erst unten vorkommende Frage, in wiefern im Concurs der Gläubiger eine Compensation Statt finde?

§. 933.

In wiefern kann die Schuld eines Dritten in Abrechnung gebracht werden?

Es ist nun eine Regel, daß die aufzurechnenden Forderungen und Schulden gegenseitig zwischen denselben Personen Statt finden, und nicht einen Dritten angehen müssen [29]). Der Gläubiger ist daher nicht schuldig, sich von seinem Schuldner dasjenige auf seine Forderung anrechnen zu lassen, was er nicht diesem gegenseitig, sondern einem Dritten schuldig ist, wenn auch der dritte Gläubiger sich die Compensation gefallen lassen wollte. So lehrt **Papinian** *L.* 18. *D. h. t.* wenn er §. 1. sagt: Creditor compensare non cogitur, quod alii, quam debitori suo, debet: quamvis creditor eius pro eo, qui convenitur ob debitum proprium, velit compensare. Eben so rescribirt Kr. **Gordian** *L.* 9. *Cod. eodem.* Eius, quod non ei debetur, qui convenitur, sed alii, compensatio fieri non potest. Ein Beyspiel giebt **Papinian** *L.* 16. *D. h. t.* Cum militi castrensium bonorum alius, caeterorum alius heres extitit, et debitor alteri heredum obligatus, vult compensare, quod ab alio debetur, non audietur. Wenn ein Soldat einen

29) BELLOJUS de compensationib. Tom. IV. *Thes. Meerman.* pag. 730. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. STRUV Syntagm. iuris civ. Exercit. XXI. Th. 24.

nen Andern in seinem castrensischen Vermögen, einen Andern aber in seinen übrigen Gütern zum Erben eingesetzt hat, so sieht man eine solche Theilung bey Soldaten als zwey ganz verschiedene Erbschaften an [30]). Die in Rücksicht des castrensischen Vermögens contrahirten Schulden muß daher der darin eingesetzte Erbe, so wie die in Rücksicht des übrigen Vermögens der andere Erbe allein übernehmen. Wenn nun also derjenige, welcher dem castrensischen Erben schuldig ist, eine Forderung an das übrige Vermögen hätte, so kann er diese seinem Gläubiger nicht aufrechnen. Eben so kann auch der Vormund, wenn er für sich belangt wird, die Forderung seines Pupillen auf keine Weise zur Compensation bringen. Eben so wenig ist ihm aber auch die Anrechnung seiner eigenen Forderung erlaubt, wenn er Namens seines Mündels von dem Gläubiger desselben belangt wird. Es ist dieses nicht nur der Regel der oben angeführten Gesetze gemäß, sondern es tritt auch noch der Grund hinzu, daß der Vormund sich in dem ersten Falle zum Schuldner, und in dem andern zum Gläubiger des Pupillen aufdringen würde, welches die Gesetze nicht erlauben [31]). Hieraus folgt weiter, daß wenn der Vormund eine

30) *L. 17. §. 1. D. de testam. militis.* *Iulianus* ait, si quis alium *castrensium rerum*, alium *caeterarum* scripsisset, *quasi duorum hominum duas hereditates intelligi:* ut etiam in aes alienum, quod in castris contractum esset, solus is teneatur, qui castrensium rerum heres institutus esset; extra castra contracto aere alieno is solus obligetur, qui caeterarum rerum heres scriptus esset. S. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Revertamur.* pag. 361.

31) *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 4. EMMINGHAUS ad *Eundem* not. e. STRUV Synt. iuris civ. Exercitat. XXI,

eine Forderung seines Mündels einklagt, der Schuldner des Pupillen nicht in Abrechnung bringen kann, was dieser an den Vormund persönlich zu fordern hat. Denn juristisch ist es eben so gut, als wenn der Pupill selbst klagte. Es bestätigt dieses auch **Paulus**, welcher *L.* 23. *D. h. t.* ganz bestimmt sagt: Id, quod *pupillorum nomine* debetur, si tutor petat, non posse compensationem obiici eius pecuniae, quam ipse tutor *suo nomine* adversario debet [32]). Ein Anders wäre, wenn der Pupill mehrere Vormünder hätte, unter welche die Vormundschaft vertheilt wäre. Hier kann ohne Zweifel der Schuldner des Mündels, wenn er von dem einen Vormund wegen einer Forderung des Pupillen belangt wird, das zur Compensation bringen, was derselbe wegen eines mit dem andern Vormund für den Pupillen geschlossenen Geschäfts zu fordern hat. Denn der Schuldner hat es hier nicht mit dem Vormund zu thun, der gegen ihn klagt, sondern mit dem Pupillen, in dessen Namen er klagt, und es ist hier eben so gut, als ob der Pupill den Schuldner selbst belangt hätte. Es gehören hierher die Worte **Papinians** *L.* 36. *D. de administr. tutor.* Inter tutores divisa tutela est: aequitas, quae merum ius compensationis inducit, propter officium et personam agentis tutoris non differtur. Nam divisio tutelae, quae non iuris, sed

XXI. Th. 24. MÜLLER ad Eundem not. f. und THIBAUT Syst. des Pand. Rechts 2. B. § 999. Anderer Meinung sind zwar VOET in Comm. h. t. § 8. CARPZOV P. I. Const. VIII Definit. 7 und Hellfeld. Allein man sehe EMMINGHAUS cit. loc. not f. pag. 310.

32) S. *Iac.* CUJACIUS in Iulio Paulo ad h. L. und *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Simile* pag. 362.

ſed iurisdictionis eſt, modum adminiſtrationi facit, et inter ipſos locum habet, nec experiri cum pupillo volentibus obſtare debet.

Ausnahmen von jener Regel giebt es nur dann, wenn man denjenigen für einen Dritten anſehen kann, welcher in die Stelle eines andern eintritt, und ſein Recht und ſeine Verpflichtung von demſelben herleitet [33]). So kann daher I) wegen juriſtiſcher Einheit der Perſon a) der Erbe nach dem Verhältniß ſeines Antheils die Forderungen des Erblaſſers compenſiren, wenn ſein Gläubiger dem Erblaſſer ſchuldig iſt. Nach eben dem Verhältniß muß er ſich aber auch anrechnen laſſen, was ſein Schuldner an den Erblaſſer zu fordern hat, wenn er gegen dieſen eine eigene Forderung einklagt [34]); und dieß findet auch dann Statt, wenn der Erbe cum beneficio inventarii die Erbſchaft angetreten hat. Denn er repräſentirt deswegen doch ſo gut den Erblaſſer, und tritt in deſſen Rechte ein, als wenn er die Erbſchaft pure angetreten hätte. Da der Erbe aber doch nun wegen jener Rechtswohlthat nicht weiter für die Schulden des Erblaſſers haften darf, als die Erbſchaft zur Bezahlung derſelben hinreicht; ſo verſteht ſich's, daß deſſelben Schuldner gegen ihn nur compenſiren kann, ſo weit er, als Gläubiger des Erblaſſers, ſeine Bezahlung aus dem Nachlaß nach der Beſchaf-

33) *Nicol.* KOLLIGS (*Bodmann*) Diſſ. de debito tertii in compenſationem deducendo. *Moguntiae 1791.* und ANKELMANNS oben Not. 44. S. 59. angeführte Diſſertation.

34) *L. 25. §. 9. D. Famil. erciſc. L. 6. Cod. eodem. L. 1. Cod. Si certum petat. L. ult. Cod. de contr. iud. tut.* MÜLLER ad *Struvium* Ex. XXI. Th. 25. not. i.

Beschaffenheit desselben erhalten hätte [35]). Ist dieses vor der Hand noch ungewiß, so kann er nur dann auf das Ganze abrechnen, wenn er hinlängliche Caution leistet, daß er das Uebrige wieder zurückgeben wolle, was er weniger aus dem Nachlaß erhalten hätte [36]). So kann ferner b) demjenigen, welchem eine Forderung cedirt worden ist, wenn er actione cessa gegen den Schuldner klagt, nicht nur seine eigene Schuld, sondern auch die Gegenforderung des Schuldners an den Cedenten aufgerechnet werden, weil der Cessionar an die Stelle des Cedenten tritt, und mit ihm juristisch als eine Person angesehen wird [37]. Es gilt dieses nicht nur von solchen Schulden des Cedenten, welche bereits vor der Cession vorhanden waren, weil die Forderung natürlich nur, so weit sie durch die Gegenforderung des Schuldners noch nicht getilgt war, cedirt werden konnte [38]); sondern auch von den Schulden, die erst nach der Cession entstanden, ehe nämlich der debitor cessus Nachricht von der Abtretung erhielt, weil der Schuldner bis auf diesen Augenblick den Cedenten immer

35) S. *Ant.* FABRI Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 23. Definit. 9. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. MEVIUS Part. I. Decis. 121. CARPZOV Iurispr. for. P. I. Const. VIII. Definit. 8. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXI. Th. 25. und KOLLIGS cit. Diss. §. 25.

36) Arg. *L. 5. §. ult. D. de tribut. act.* et *arg. L. 9. §. 1. D. h. t.*

37) S. *Ge.* FRANTZKIUS Variar. Resolution. Lib. I. Quaest. 13. STRYK Us. mod. Pandect. h. t. §. 6. KOLLIGS cit. Diss. §. 20 — 23. und ANKELMANN cit. Diss. §. 20. et 21.

38) *Io.* VOET Comment. h. t. §. 4. *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LVII. Th. 5. und *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 11.

mer noch als seinen Gläubiger betrachten, und ihm Zahlung leisten, mithin auch compensiren konnte [39]). Ob übrigens die Cession aus freyen Willen, oder aus rechtlicher Nothwendigkeit, ob sie aus einem lucrativen oder onerösen Titel geschahe, macht in der Sache keinen Unterschied [40]), so wie es denn auch gleichviel ist, ob der erste Cedent, oder der zweyte, oder der dritte demjenigen schuldig ist, welcher mit der actio cessa belangt wird. Man setze also, A habe eine Schuldforderung an den B dem C cedirt, dieser habe sie nachher dem D abgetreten. Hier kann der debitor cessus B wenn D die cedirte Forderung einklagt, demselben nicht nur das, was ihm A sondern auch was ihm C schuldig war, in Abrechnung bringen [41]). Denn der Grund bleibt immer der nämliche, weil eine Forderung nicht weiter cedirt werden kann, als in so weit sie noch nicht durch Gegenforderung getilgt war [42]). Wird umgekehrt der Cessionar belangt, so kann er dem Kläger nicht nur seine eigene Gegenforderung, sondern auch dasjenige, was dieser dem Cedenten schuldig war, abrechnen. **Papinian** sagt dieses auch ganz bestimmt *L.* 18. *pr. D. h. t.* In rem suam procurator datus, post litis contestatio-

39) *L. 3. Cod. de novat. Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 11. in fin. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 12. SCHULTING Thes. contr. Decad. LVII. Th. 5. in fin.

40) HUBER c. l. §. 11. *Ant.* FABER Conjectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 5.

41) VOET Comment. h. t. §. 5. *Christph.* SCHREITER Diss. de compensatione cessionarii posterioris cum priori. *Lipsiae 1710.*

42) Arg. *L. 76. D. de solut.*

ſtationem ſi vice mutua conveniatur, *aequitate compenſationis* utetur. Zur Erläuterung dieſer Stelle bemerke ich nur noch Folgendes. Wenn Jemand dem Andern eine Forderung, oder ein perſönliches Recht, welches durch eine Klage zu verfolgen iſt, verkauft, oder ſchenkt, oder an Zahlungsſtatt überläßt, ſo muß zu einer ſolchen Abtretung, nach der Subtilität des röm. Rechts, noch eine beſondere Bevollmächtigung zur Anſtellung der Klage Namens des Abtretenden hinzukommen. Dieſe nennt man dann eine Ceſſion, der Ceſſionar aber wird hier *procurator in rem ſuam* genannt; obwohl es nach dem neuern Recht einer ſolchen Bevollmächtigung nicht mehr bedarf, ſondern der Erwerber des Rechts actione utili in eigenem Namen klagen kann [44]). Nach dieſer Stelle **Papinians** ſcheint es nun zwar, als ob ein procurator in rem ſuam erſt nach der Litisconteſtation compenſiren könne. Dieſes wollen auch mehrere Rechtsgelehrten [45]) aus dem Grunde behaupten, weil der Procurator erſt nach der Litisconteſtation das Eigenthum des Gegenſtandes des Rechtsſtreits erwerbe, und bis dahin auch die Vollmacht noch immer wider-

43) *L. 3. §. 5. D. de in rem verſo. L. 24. pr. D. de minorib. L. 8. in fin. D. mandati. L. 1. C. de novat. L. 4. C. de procurat.* S. Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 992. und Thibaut Syſtem des P. R. 1. Th. §. 75.

44) *L. 7. et 8. Cod. de heredit. vel act. vend.*

45) *Ant.* Conjectur. iuris civ. Lib. XII. cap. 6. et Rational. in Pand. ad L. 18. D. h. t. *Io.* SCHILTER Prax. iuris Rom. Exerc. XXVIII. §. 18. *Hub.* GIPHANIUS Lectur. Altorphin. ad L. 55. D. de procurator. pag. 65. und *Sam. de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 5.

widerrufen werden könne [46]). Allein schon **Cujaz** [47]) verwarf diese Meinung mit Recht. Denn daß auch schon vor der Litiscontestation die abgetretene Sache wegen der dem Cessionar im eigenen Namen zustehenden actio utilis als Eigenthum desselben anzusehen sey, und daher keine Revocation Statt finde, lehrt **Ulpian** ausdrücklich, wenn er *L.* 55. *D. de procurator.* sagt: Procuratore in rem suam dato, praeferendus non est dominus procuratori in litem movendam, vel pecuniam suscipiendam: *Qui enim suo nomine utiles actiones habet, rite eas intendit* [48]). Die Worte der *L.* 18. *h. t. post litis contestationem* sind auch nicht entgegen. Denn es ist daselbst von einem solchen Falle die Rede, wo der procurator in rem suam von dem debitor cessus erst nach der Litiscontestation durch eine Wiederklage war belangt worden, und also auch natürlich nicht eher compensiren konnte, wie auch schon **Huber** [49]) bemerkt hat. Auf keinen Fall kann jedoch ein procurator in rem alienam, wenn er wegen einer eigenen Schuld von seinem Gläubiger belangt wird, das in Abrechnung bringen, was dieser seinem Principal schul-

46) *L.* 29. *D. de procurator.*

47) Observation. Lib. XXIV. cap. 37. Ihm stimmen auch *Ant.* SCHULTING Thes. controvers. Decad. LVII. Th. 4. HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 10. POTHIER Pandect. Iustin. T. I. h. t. Nr. XV. not. i. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disputat. XXXI. Th. 10. und EMMINGHAUS ad *Coccejum* c. l. not. h. pag. 311.

48) Man vergleiche noch *L.* 1. 6. *et* 7. *Cod. de obligat. et action. L. ult. Cod. Quando fiscus vel privatus* u. *L.* 33. *Cod. de donation.*

49) Cit. loc. §. 10.

schuldig ist. Es ist ihm dieses weder vor noch nach der Litiscontestation erlaubt [50]). Nur dann, wenn der Procurator, als solcher, Namens seines Gewaltgebers klagt, oder belangt wird, kann die Schuld oder Forderung des Principals zur Compensation gebracht werden [51]). Wegen Einheit der Person kann endlich auch c) der Vater, wenn er, als solcher, mit der actio de peculio belangt wird, die Gegenforderung seines Sohnes wegen des peculii profectitii, und umgekehrt der wegen dieses peculii belangte Sohn die Forderung des Vaters, jedoch nur gegen Caution, daß der Vater dieses genehmigen werde, compensiren. Hierher gehört folgender Ausspruch des Paulus *L.* 9. *D. h. t.* Si cum filiofamilias vel servo contracta sit societas, et agat dominus vel pater, solidum per compensationem servamus: quamvis, si ageremus, duntaxat de peculio praestaretur. Sed si cum filiofamilias agatur, an, quae patri debeantur, filius compensare possit, quaeritur? Et magis est admittendum: *quia unus contractus est:* sed cum conditione, ut caveat, *patrem suum ratum habiturum*, id est, non exacturum, quod is compensaverit. Man setze also den Fall, ein Dritter habe mit einem Filiusfamilias in Rücksicht seines peculii profectitii einen Societätscontract geschlossen. Dieser Contract ist für den Vater eben so verbindlich, als derselbe dadurch

50) *L.* 9. *Cod. h. t.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Cap. 1. CUJACIUS Observation. Lib. XXIV. cap. 37. WISSENBACH ad Pand. Vol. I. Dist. XXXI. Th. 10.

51) *L.* 21. *D. h. t.* CUJACIUS Recitat. solemn. ad L. 9. Cod. h. t.

durch erwirbt. Der Vater ist also, wegen Einheit der Person, gleichfalls wie ein Socius zu betrachten; nur mit dem Unterschiede, daß der Sohn aus diesem Contract mit der actio pro socio auf das Ganze, der Vater aber mit der actio de peculio nur, so weit das Pekulium zureicht, belangt werden kann. Klagt jedoch der Vater, so kann der Socius das Ganze, was er an den Sohn zu fordern hat, dem Vater anrechnen; eben so kann aber auch der Sohn die Forderung seines Vaters compensiren, wenn der Socius gegen ihn aus dem Contract auf das Ganze klagt[52]). II) Wegen Einheit der Verbindlichkeit kann a) der Bürge die Forderung des Hauptschuldners zur Compensation bringen, wenn er aus der Bürgschaft belangt wird[53]). Denn der Bürge kann nicht zu mehr verpflichtet seyn, als der Hauptschuldner selbst schuldig ist; soweit daher die Klage durch Compensation gegen den Hauptschuldner selbst erloschen ist, findet sie auch gegen den Bürgen nicht mehr Statt, wie **Paulus** *L.* 4 *D. h. t.* lehrt: Verum est, quod et NERATIO placebat, et POMPONIUS ait, *ipso iure* eo minus fideiussorem ex omni contractu debere, quod ex compensatione reus retinere potest: sicut enim cum totum peto a reo, male peto, ita et *fideiussor non tenetur ipso*

 iure

52) S. CUJACIUS Recitat. solemn. ad L. 9. Cod. h. t. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad L. 9. §. 1. D. h. t. *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Quod dixi.* pag. 362. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVIII. not. b.

53) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11. *Ger.* NOODT Comm. h. t. §. *Sive haec.* pag. 362. MEVIUS P. II. Decis. 216. et 217. und PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. IV Obs. 74.

iure in maiorem quantitatem, quam reus condemnari potest. Dahingegen kann der Schuldner, wenn er selbst belangt wird, dem Gläubiger nicht anrechnen, was dieser dem Bürgen schuldig ist [54]). Denn wenn gleich die Schuld des Bürgen mit der des Hauptschuldners die nämliche ist, so ist doch eine Forderung des Bürgen eben so wenig auch Forderung des Schuldners, als der Schuldner für die Schulden des Bürgen haftet. b) Auch einem Socius ist die Compensation erlaubt, wenn sein Mitgesellschafter, als solcher, eine Gegenforderung hat, und beyde sich correaliter verpflichtet haben [55]). Ausser diesem Socialverhältniß kann kein correus das compensiren, was der Gläubiger dem andern correus schuldig ist, wie **Papinian** *L.* 10. *D. de duobus reis* ausdrücklich sagt: Si duo rei promittendi *socii non sint*, non proderit alteri, quod stipulator alteri reo pecuniam debet. Eben so können c) Ehegatten compensiren, welche in der Gütergemeinschaft leben [56]), denn ausserdem kann der Ehemann seinem Gläubiger nicht anrechnen, was dieser seiner Frau schuldig ist, wenn ihm nicht etwa die Forderung seiner Frau zum Heyrathsgut ist zugebracht worden [57]).

§. 934.

54) S. COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 9. und KOLLIGS Diss. cit. §. 27.

55) CUJACIUS Recitat. solemn. ad L. 9. Cod. h. t. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 7. und KOLLIGS cit. Diss. §. 9. et 10.

56) VOET Comm. h. t. §. 10. KOLLIGS cit. Diss. §. 11. THIBAUT System der P. R. 2. B. §. 999.

57) *Ant.* FABER in Cod. definit. for. Lib. IV. Tit. 23. Def. 16. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 9. LEYSER Meditat.

§. 934.

Wirkung der Compensation. Findet die Compensation auch im Concurs der Gläubiger Statt?

In Absicht auf die Wirkung der Compensation war ehemals der Unterschied merkwürdig, den man zwischen actiones bonae fidei und stricti iuris machte. Nur Klagen der erstern Art wurden durch Compensation ipso iure aufgehoben. Den letztern hingegen konnte anfangs gar keine Compensation entgegengesetzt werden. Erst durch eine Verordnung des Kaisers **Marcus** wurde dem Beklagten die exceptio doli gestattet. Diese muste aber gleich anfangs bey der Litiscontestation vorgeschützt werden, damit sie der Prätor der formula iudicii mit anhängen konnte. War sie da nicht opponirt, so fand sie nachher nicht weiter statt. Allein bey Klagen, die bonae fidei waren, konnte die Compensation auch noch nach der Litiscontestation beym Iudex Pedaneus vorgeschützt werden [58]). Nachher wurde durch die Interpretation der Römischen Rechtsgelehrten der Grundsatz geltend, daß die Compensation immer ipso iure geschehe [59]). Dieses Recht

ditat. ad Pand. Vol. III. Spec. CLXXIV. med. 4. MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum* Tom. II. Fasc. I. Obs. 367. II. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. Cap. VIII. §. 1. pag. 703.

58) *L. 38. L. 58. D. de petit. hered.* S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. VIII. cap. 16. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Expensis* pag. 360. und *Arn.* VINNIUS Commentar. ad §. 30. Instit. de actionib.

59) *L. 21. D. h. t.* Posteaquam placuit inter omnes, *id quod invicem debetur, ipso iure compensari.* etc. Man sehe auch *L. 4. D. eodem.* und *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LVII. Th. 9.

Recht wurde auch durch eine Verordnung des Kaisers **Alexander Severus** [60]) bestätigt. Allein es scheint doch noch ein Unterschied zwischen persönlichen und dinglichen Klagen geblieben zu seyn. Denn nur den erstern, nicht aber den letztern konnte eine Compensation entgegengesetzt werden [61]). Erst **Justinian** hob allen Unterschied der Klagen in Absicht auf die Compensation auf, wie er selbst dieß alles im §. 30. *I. de action* sagt, wo es heißt: In bonae fidei iudiciis libera potestas permitti videtur iudici, ex bono et aequo aestimandi, quantum actori restitui debeat. In quo et illud continetur, ut si quid invicem praestare actorem oporteat, eo compensato, in reliquum is, cum quo actum est, debeat condemnari. Sed et in stricti iuris iudiciis, ex rescripto *D. Marci*, opposita doli mali exceptione, compensatio inducebatur. Sed *nostra constitutio* [62]) easdem compensationes, quae iure aperto nituntur, latius introduxit, *ut actiones ipso iure minuant, sive in rem, sive in personam*, sive alias quascunque: excepta sola depositi actione. Jetzt wird nun also durch Compensation jede Schuld, jeder Anspruch des Klägers, sammt Allem, was davon abhing, ipso iure aufgehoben, das heißt, in dem Augenblick, da gegenseitige compensable Forderungen zu existiren anfangen, erlöschen sie von selbst durch das Gesetz, ohne daß es hierzu einer besondern Vereinbarung

60) *L. 4. Cod. h. t.*

61) *L. 95. §. 8. D. de solut.* S. *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XV. cap. 12. und *Franc.* BROEUS Exposition. in Iustin. Institution. ad §. 30. I, de actionib. nr. 5. pag. 785. sq.

62) *L. ult. Cod. h. t.*

rung und Erklärung der Partheyen oder einer Verfügung des Richters bedarf [63]). Hieraus folgt, daß wenn auch die Gegenforderung anfangs noch illiquid seyn sollte, dennoch die rechtliche Wirkung der Compensation nicht von der Liquidität, sondern von der zu beweisenden Existenz der in Abrechnung gebrachten Gegenforderung abhängt. Wenn daher in der Folge die Wahrheit derselben bewiesen worden, so muß die Wirkung der Compensation nicht erst von der Zeit dieses Beweises angenommen werden; sondern es ist vielmehr durch diese Gegenforderung, so wie durch eine vorlängst geschehene, und jetzt nur erwiesene Bezahlung, die Schuld gleich anfangs, so wie die Gegenforderung entstand, entweder ganz, oder bis auf die concurrente Summe für getilgt zu halten [64]). Die Verordnung des Kaisers **Alexander Severus** *L.* 4. *Cod. h. t.* spricht hierüber so deutlich, daß man sich wundern muß, wie **Hellfeld**, und andere [65]) dennoch das Gegentheil haben behaupten können.

Si constat, pecuniam invicem deberi, *ipso iure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex*

63) VOET Comm. h. t. §. 2. *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Ant. Fabrum Lib. I. Tract. II. Qu. 5. *Io.* WUNDERLICH Diss. de re litigiosa non compensanda. *Ienae 1756.* §. 11.

64) S. *Frair.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. I. Resp. VII. nr. 43. pag. 143. et Consil. XXXIX. nr. 15. pag. 461.

65) Z. B. *Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. h. t. §. 4. Allein PUFENDORF in Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 178. hat ihn widerlegt. Man sehe auch Webers Beyträge zur Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden 1. St. Nr. 6. S. 68. Not. 39. und Desselben Anmerkung zu Höpfners Commentar §. 980. Not. 2.

ex quo ab utraque parte debetur, utique *quoad concurrentes quantitates*, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit.

Daß dieses in Rücksicht der Zinsen einen nicht unbedeutenden Unterschied macht, bedarf kaum bemerkt zu werden. Denn durch Compensation wird eben so, wie durch Bezahlung, die Schuld ihrem ganzen Umfange nach getilgt. In dem Augenblick, da die compensable Gegenforderung entsteht, hört der Lauf der Zinsen auf [66]), die Bürgen werden frey [67]), die Hypotheken erlöschen [68]), und die Pfänder müssen zurückgegeben werden [69]), auch die Wirkungen des Verzugs werden dadurch aufgehoben [70]). Eben deswegen, weil die Compensation die Wirkung der Zahlung hat, steht auch sogar ein eidliches Versprechen, daß man zahlen wolle, der Compensation nicht entgegen, sofern nicht aus den Umständen ersichtlich ist, daß man dadurch der Compensation habe entsagen wollen [71]).

Dieß

66) *L. 11. et 12. D. h. t. L. 5. Cod. eodem. L. 7. Cod. de solution.*

67) *L. 4. D. h. t. L. 43. D. de solution.*

68) *L. 4. D. Qui potior. in pign. L. 43. D. de solutionib.*

69) *L. 12. Cod. h. t.*

70) *L. 17. §. 3. D. de Usur.* VOET h. t. §. 2. und LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 25. in fin.

71) *Iac. Frid.* LUDOVICI Diss. de iuramento compensationem non excludente. *Halae 1717.* de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 1. Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien 1. Bd. Medit. 49. und H. L. Webers Unter-

Dieß wäre der Fall, wenn der Schuldner durch seinen Eid baare Bezahlung in Gelde versprochen, oder die Gegenforderung des Schuldners zur Zeit der geschehenen Eidesleistung schon existirt hätte, und das Versprechen blos in der Absicht geschehen wäre, um die Compensation auszuschließen [72]). Im Zweifel wird jedoch eine Entsagung nicht vermuthet [73]).

Nach diesen Grundsätzen ist nun auch die Frage zu entscheiden, ob und in wiefern die Compensation im Concurs der Gläubiger zuläßig sey? Zur Erörterung dieser bestrittenen Rechtsfrage [74]) ist es nöthig einige Begriffe und allgemeine Grundsätze vom Concurse der Gläubiger vorauszuschicken. Unter Concurs der Gläubiger verstehe ich hier das gerichtliche Verfahren, welches zum Zweck

tersuchung der Frage, kann derjenige, welcher eine Schuld eidlich zu bezahlen verspricht, sich durch vorgeschützte Compensation von selbiger befreyen? Rostok 1793.

72) *Cap. 7. X. de iureiur.* WERNHER Lectiss. Commentat. in Pand. h. t. §. 15. und EMMINGHAUS ad Coccejum c. l. not. a. et b.

73) *Ant.* MERENDA Controvers. iuris Lib. I. cap. 4. §. 3.

74) Man vergl. *Christ. Amand.* DORN Diss. de compensatione in concursu creditorum. *Kilon. 1754. Car. Frid.* WALCH Diss. de compensatione in concursu creditorum. *Ienae 1770. Christ. Car.* KANNE Diss. de compensatione et retentione in concursu creditorum locum habente. *Lipsiae 1779. Io.* LINDE Diss. de compensatione in concursu creditorum. *Giessae 1782. Car. Godof. de* WINCKLER Progr. eiusd. argum. *Lipsiae 1786.* und *Christph. Christ.* DABELOW ausführl. Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger. *Halle 1801.* 4. Kap. 26. S. 685—694.

Zweck hat, unter mehrere andringende Gläubiger eines Schuldners desselben unzureichende Vermögensmasse, nach Maasgabe des Vorzugsrechts eines jeden, gesetzmäßig zu vertheilen [75]). Concurs setzt also 1) eine Collision mehrerer Gläubiger, welche Ansprüche an der nämlichen Gütermasse gerichtlich verfolgen, und 2) Unzulänglichkeit des Vermögens eines Schuldners, um alle diese Gläubiger völlig zu befriedigen, voraus, und erfordert 3) wenn sich der Richter durch eine Untersuchung des activen Vermögensbestandes von der Unzulänglichkeit desselben hinlänglich überzeugt hat, einen Beschluß des Gerichts durch Eröfnung eines Decrets de aperiendo concursu, mit welchem dann der Concurs seinen Anfang nimmt [76]). Dem Schuldner wird hierdurch 4) alle Befugniß, über sein jetziges Vermögen auf eine den Gläubigern nachtheilige Art zu disponiren, entzogen, das Vermögen desselben unter gerichtliche Verwahrung genommen, und alles vorgekehrt, was zur Erhaltung und Verwaltung desselben nothwendig ist [77]). In Rücksicht dieses Concursvermögens kommen 5) die Gläubiger nunmehr in eine Art von Gemeinschaft, die Masse gehört ihnen an, und in Rücksicht derselben, und der darauf haftenden dinglichen Lasten, repräsentiren sie die Person des Gemeinschuldners activ und passiv, obwohl ihr getheiltes Interesse in Ansehung der Ordnung, nach welcher sie befriediget werden sollen, aus ihnen eben so viele streitende Theile macht,

75) S. Gönners Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. 4. B. Nr. LXXXII. §. 7.

76) Gönner a. a. O. §. 21. ff.

77) Gönner a. a. O. §. 25.

macht, als mit einander collidirende Ansprüche sie verfolgen [78]). Eine Folge dieser Gemeinschaft ist, daß, so lange der Richter nicht über die Richtigkeit und den Vorzug der von den Concursgläubigern liquidirten Forderungen entschieden hat, kein Gläubiger zum Nachtheil der übrigen seine Befriedigung aus dem Vermögen des Schuldners erhalten kann [79]), welches jedoch das Recht des bevorzugten Gläubigers, seine Bezahlung vorzugsweise zu fordern, nicht ausschließt [80]). Die Wichtigkeit dieser Wirkungen macht zur allgemeinen Bekanntwerdung jenes richterlichen Decrets, mit welchem sie eintreten, die Erlassung einer Edictalladung nothwendig [81]). Dieses vorausgeschickt, kommt es nun bey der Entscheiduug der aufgeworffenen Frage darauf an, 1) ob die gegenseitigen Forderungen zwischen dem Schuldner und desselben Gläubiger schon vor Eröfnung des Concurses vorhanden waren, und dann waren entweder 1) beyde Forderungen auch schon vor dem Ausbruche des Concurses richtig und zahlbar. Hier findet ohne allen Zweifel die Einrede der Compensation statt, wenn derjenige, an welchen der Gemeinschuldner eine Forderung hatte, von dem Curator bonorum auf die Bezahlung derselben belangt wird. Denn da Forderungen durch Compensation ipso iure erlöschen, so war auch die Forderung des Gemeinschuldners durch die Gegenforderung seines Schuld-

ners

78) Gönner a. a. O. §. 26. DABELOW in der angef. Entwickelung S. 708 ff. KIND Quaestion. forens. Tom. II. cap. 5.

79) *L. 6. §. 7. D. Quae in fraudem creditor.* DABELOW a. a. O. S. 679. f.

80) Gönner a. a. O. §. 27.

81) Gönner a. a. O. §. 29.

ners schon vor entstandenem Concurse getilgt. So wenig also der die Compensation entgegensetzende Gläubiger schuldig war, seine Gegenforderung beym Concurs zu liquidiren, weil er keine Gegenforderung mehr hatte, eben so wenig ist auch jetzt der Curator bonorum berechtiget, aus einer schon vor dem Concurse erloschenen Forderung des Schuldners zu klagen [82]). Diese Compensation findet Statt, wenn auch derjenige, an welchen der Gemeinschuldner eine Forderung hatte, sich die in Abrechnung gebrachte Gegenforderung von einem andern Gläubiger des Schuldners hat cediren lassen, um sich der Ausflucht der Compensation im Concurse bedienen zu können, wenn nur die Cession noch vor entstandenem Concurse geschahe, und auch beyde Forderungen schon exigibel waren [83]). Es kann auch dem cedirenden Gläubiger der Vorwurf nicht gemacht werden, daß er in fraudem creditorum gehandelt habe, wenn etwa seine Forderung im Concurs ihnen nachgegangen, oder vielleicht ganz verlohren gegangen wäre. Denn durch eine solche Vigilanz, welche die Gesetze nicht mißbilligen, konnte er seine Lage allerdings verbessern [84]). 2) War hingegen nur die Forderung des Gemeinschuldners vor eröfnetem Concurse exigibel, die Gegenforderung des Gläubigers aber ist erst nach entstandenem Concurse zahlbar geworden; so findet die Compensation nicht Statt. Denn hier war die Forderung des

82) S. PUFENDORF Observat. iuris univ. Tom. I. Obs. 79. HOFACKER Princip. iuris civ. Tom. III. §. 4124.

83) Anderer Meinung ist zwar LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXIV. medit. 5. Allein man sehe DABELOV a. a. O. S. 688. ff.

84) *L. 24. in fin. D. Quae in fraud. creditor.*

des Schuldners beym Ausbruche des Concurses durch die Gegenforderung des Gläubigers noch nicht getilgt, weil eine noch nicht betagte Forderung auf eine exigible nicht abgerechnet werden kann [85]). Die Forderung des Schuldners gehörte also zur Concursmasse, und konnte auch schon darum nicht mehr durch Compensation getilgt werden, weil Gegenrechnung eine Art von Zahlung ist, der Gemeinschuldner aber während des Concurses keine Zahlung mehr annehmen kann. Der Gläubiger muß also das, was er dem Gemeinschuldner schuldig ist, zur Concursmasse zahlen, seine Gegenforderung aber der Edictalcitation gemäß liquidiren. Hat er dieses nicht gethan, so wird er damit von der Concursmasse präcludirt, und darf sie also auch nachher nicht per modum exceptionis mehr geltend machen [86]). II. Sind die gegenseitigen Forderungen erst während des Concurses entstanden, so lassen sich folgende Fälle gedenken. a) Ich war zur Zeit des eröfneten Concurses Gläubiger des Cridars, habe auch meine Forderung der Edictalladung gemäß liquidirt, wurde aber während des Concurses Schuldner der Masse, z. B. ich habe ein zur Masse gehöriges Grundstück gepachtet, oder sub hasta erstanden. Hier kommt es darauf an, ob meine Forderung liquid, und mit einer unbezweifelten Priorität versehen ist, oder nicht. Nur in dem ersten Falle kann ich mich der Compensation bedienen, in dem letztern hingegen findet sie nicht Statt [87]). b) Ich war zur Zeit des eröfneten Concurses Schuld-

85) *L. 7. pr. D. h. t.*

86) Man sehe hier BOEHMER Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. 302. und DABELOW a. a. O. S. 685. u. Not. w.

87) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 15. §. 4. not. 5. Zwar will LEYSER Specim. CLXXIII. medit. 4. schon ein wahrscheins

Schuldner des Gemeinschuldners, allein während des Concurses werde ich Gläubiger der Masse, z. B. ich habe zur Verwahrung der zur Masse gehörigen Sachen Zimmer in meinem Hause vermiethet, oder sonst zur Erhaltung der Concursmasse Dienste geleistet. Auch hier findet Compensation Statt, mutuum enim debitum et creditum adest inter easdem personas, massam nempe et me [88]).

§. 935.

Einrede der Compensation, deren Natur und Wirkung.

Wenn nun gleich das Erlöschen einer Schuldverbindlichkeit durch Compensation ipso iure geschieht, sobald gleichartige Forderungen einander gegenüber stehen; so muß doch derjenige Theil, welcher abrechnen kann, sich darauf berufen, wenn er den Anspruch des Klägers von sich abwenden will [89]). Es muß also die Einrede der Compensation vorgeschützt werden, welche der Richter da, wo er sich nicht von Amtswegen des Beklagten anneh-

scheinliches Vorzugsrecht für hinlänglich halten. Allein dann fehlt es ja offenbar noch an der Liquidität der Forderung. Man sehe vielmehr WALCH cit. Diss. §. 5. Christ. Gmelins Lehre vom materiellen Concurs der Gläubiger. §. 31. und MÜLLER Observ. pract. ad *Leyserum*. Tom. II. Fasc. I. Obs. 365.

88) S. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. Sect. I. §. 520. pag. 395.

89) *L. 13. 15. L. 22. D. h. t. §. 39. I. de action.* MEVIUS P. VII. Decis. 52. et Decis. 242. not. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26.

nehmen muß, nicht suppliren darf [90]). Wird diese Einrede nicht vorgeschützt, so lassen sich zwey Fälle gedenken. a) Der Beklagte bezahlte die Schuld aus Irrthum, weil er von der Compensabilität der Gegenforderung nicht unterrichtet war. Hier kann er das Gezahlte mit der condictio indebiti zurückfordern [91]). b) Der Beklagte, welcher die Einrede der Compensation vorschützen konnte, bediente sich derselben wissentlich nicht. Hier hat sich zwar der Beklagte der Compensation begeben, aber deswegen noch nicht dem Kläger die Gegenforderung erlassen, weil es die Gesetze seiner Willkühr überlassen, ob er compensiren wolle, oder nicht, und im Zweifel nicht angenommen werden kann, daß er das Seinige habe verschenken wollen [92]). Wie aber, wenn Jemand mehrmahls unterlassen hätte, die Einrede der Compensation vorzuschützen, wo er sich derselben bedienen konnte? Hier behauptet Hellfeld, und mit ihm mehrere [93]), daß daraus die Vermuthung entspringe, man habe sich der Gegenforderung begeben. Allein als Regel läßt sich dieses nicht annehmen, wenn nicht noch andere Gründe hinzutreten, woraus eine solche Ab-

90) MEVIUS Part. IX. Decis. 154. nr. 4. et 5. und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 7. Anderer Meinung ist jedoch Struben in den rechtlichen Bedenken 4. Th. Bed. 43.

91) *L. 3. L. 10. §. 1. D. h. t.* de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 16.

92) *L. 2. D. h. t. L. 1. §. 4. D. de contrar. tut. act. L. 30. D. de condict. indeb. L. 25. pr. D. de probat.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3.

93) LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXXIII. medit. 5. SCHAUMBURG Compend. iur. Dig. h. t. §. 7.

Absicht rechtlich zu vermuthen ist [94]). Dieß wäre z. B. der Fall, wenn derjenige, welchem die Compensation hätte entgegengesetzt werden können, erklärt hätte, daß er die unterlassene Abrechnung für eine Begebung derselben annehme, hiernach die Rechnung abgeschlossen, und jener dazu geschwiegen hätte [95]); oder wenn von gleich nahen Verwandten die Rede ist, unter denen die Absicht zu schenken vermöge rechtlicher Vermuthung angenommen werden kann [96]). Einen solchen Fall hat **Papinian** *L.* 26. *D. de probat.* Procula [97]) magnae quantitatis fideicommissum, a fratre sibi debitum, post mortem eius in ratione cum heredibus compensare vellet, ex diverso autem allegaretur, *nunquam id a fratre, quamdiu vixit, desideratum, cum variis ex causis saepe in rationem fratris pecu-*

94) S. Joh. Christ. Quistorps Abh. Ob von der unterlassenen Anregung der zuständigen Compensation auf deren Begebung ein gültiger Schluß zu machen sey? in desselben Beyträgen zur Erläuterung verschiedener Rechtsmaterien. Nr. 10. S. 147. ff. *Io. Ern. Iust.* MÜLLER Observat. pract. ad *Leyserum*. Tom. II. Fasc. I. Obs. 366. *Ern. Lud.* SCHMERSAHL Diss. de remissione debiti praesumta ob compensationem omissam. *Helmst. 1801.* und Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 997.

95) S. GÜNTHER Princip. iuris Rom. privati noviss. Tom. II. §. 1139.

96) *L. 11. Cod. de negot. gest. L. 10. Cod. de legat.* VOET. Comm. ad Pand. h. t. §. 3. in fin.

97) In dem Erlang. Mspt. der Pandekten steht nach Procula das Wörtchen *cum*, welches die Kritiker im Text vermissen, und daher dieser Lücke auf mancherley Art abzuhelfen gesucht haben. S. Corn. van BYNKERSHOEK Observv. iuris Rom. Lib. VII. cap. 8.

pecunias ratio [98]) *Proculae solvisset:* DIVUS COMMODUS, cum super eo negotio cognosceret, non admisit compensationem, *quasi tacite fratri fideicommissum fuisset remissum* [99]).

Die Einrede der Compensation kann übrigens nach dem römischen Recht nicht nur vor, sondern auch nach der Litiscontestation, ja sogar noch nach erfolgtem rechtskräftigen Erkenntniß, selbst gegen die Execution vorgeschützt werden, wenn sie nur sofort liquid gemacht werden kann [100]).

Hat der Beklagte zwar die Einrede der Compensation vorgeschützt, aber nicht damit durchdringen können, sondern er ist dennoch zur Bezahlung der gegen ihn eingeklagten Schuld verurtheilt worden; so sind folgende Fälle zu unterscheiden. 1) Der Richter hat die Einrede als ungegründet verworfen. Hier fällt nun alle Compensation weg, und es findet deshalb auch keine weitere Klage statt, sofern das Urtheil einmal rechtskräftig gewor-

98) Statt *ratio* lieset *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. et Observat. var. ad Pand. Diss. XX §. 3. ACTOR.

99) Man sehe über diese Stelle *Em.* MERILLIUS Observation. Lib. IV. cap. 20. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. Lib. XXII. Tit. 3.

100) *L.* 2. *Cod. h. t.* WESTENBERG Princip. iuris Rom. h. t. §. 22. HOFACKER Princip. iur. civ. Tom. III. §. 4125 Dang Grds. des ordentl. Prozesses. §. 186. Heut zu Tage will man jedoch dieses Privilegium wegen des Jüngst. R. Absch. §. 37. nicht mehr gelten lassen. S. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 2. B. Nr. XXXIII. §. 11. S. 194. ff.

worden ist, und aus diesem sowohl, als den bisherigen Verhandlungen der Partheyen deutlich erhellet, daß über den Grund und die Rechtmäßigkeit der Gegenforderung erkannt worden ist [1]). 2) Der Richter hat blos darum auf die vorgeschützte Einrede der Compensation keine Rücksicht genommen, weil sie illiquid war, und es also noch an den Erfordernissen derselben fehlte. Hier ist es dem Beklagten unbenommen, sein Recht in Absicht auf die in Abrechnung gebrachte Gegenforderung in einen besondern Proceß klagend zu verfolgen, und er kann deshalb entweder diejenige Klage anstellen, welche aus der Gegenforderung entspringt, oder wenn die Gegenforderung aus einer natürlichen nicht klagbaren Verbindlichkeit herrühren sollte, mit der condictio indebiti oder sine causa sein Recht verfolgen [2]).

§. 936.

Retentionsrecht. Begriff und Eintheilungen.

Verschieden von der Compensation ist das Zurückhaltungsrecht, (ius retentionis) ob es wohl in manchem Betracht damit eine Aehnlichkeit hat [3]). Man versteht

1) *L. 7. §. 1. D. h. t. L. 1. §. 4. D. de contr. tut. et util. act. L. 8. §. 2. D. de negot. gest.*

2) *L. 10. §. 1. D. h. t.* S. VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 19. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 178. Webers Beiträge zur Lehre von gerichtl. Klagen und Einreden 1. St. Nr. VI. S. 66. und Desselben systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit §. 97. und Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 997. a. E.

3) *Casp.* SCHIFORDEGHER ad Anton. *Fabrum* Lib. I. Tract. I. *Wolfg. Ad.* LAUTERBACH Disp. de retentione. *Tüb. 1660.*

steht darunter dasjenige Recht, vermöge dessen man eine dem Andern schuldige Sache, die man aus einer rechtmäßigen Ursache besitzt, einer habenden Forderung wegen, so lange eigenmächtig in seinem Besitz behalten darf, bis man wegen dieser Forderung befriediget worden ist. Ein Retentionsrecht ist also 1) ohne den Besitz der Sache nicht denkbar [4]). Der Besitz braucht zwar kein juristischer zu seyn, er muß aber doch 2) rechtmäßig erworben seyn [5]). Daß aber 3) die Sache, an welcher dieses Recht ausgeübt wird, immer eine fremde Sache sey, ist kein wesentliches Erforderniß, wenn es gleich der gewöhnliche Fall ist. Man kann auch an seiner eigenen Sache ein Retentionsrecht ausüben, wenn man sie vermöge Contracts einem Andern zu geben schuldig ist, in Ansehung derselben aber Etwas zu fordern hat. So z. B. kann der Verkäufer ein Retentionsrecht an der verkauften Sache exerciren, bis das Kaufgeld bezahlt ist [6]). Ist die Sache eine fremde Sache, so kann sie entweder

Phil. Iac. HEISLER Diss. de iure retentionis. *Halae 1751. Ge. Lud.* BOEHMER Diss. de iure retentionis eiusque effectu. *Goett. 1773.* (in *Elect. iuris civ.* Tom. II. Nr. 13.) *Ern. God.* SCHMID Diss. de iis, quae ad exercendum ius retentionis necessaria sunt, praes. *Io. Lud.* SCHMID def. *Ienae 1785.* Faselius Versuch einer syst. Darstellung der Lehre vom Retentionsrechte. 2. Aufl. Halle 1793. 8. und *Frid. Aug. Christ.* SCHNORR Diss. de iure retentionis eiusque causis et effectu. *Lipsiae 1808. 4.*

4) *L. 1. pr. D. de pignorib.*

5) *L. 1. Cod. Unde vi. L. 25. D. de pignorib.*

6) *L. 13. §. 8. D. de action. emti vend. L. 22. D. de heredit. vel act. vend. L. 31. §. 8. D. de aedilit. Edict.*

dem Schuldner selbst, oder einem Dritten zugehören, wenn dieser z. B. dem Schuldner die Sache in der Absicht gegeben hat, um sie seinem Gläubiger zum Pfande zu geben [7]). 4) Das Wesen des Retentionsrechts besteht blos in dem Recht, eine Sache nicht eher aus meinem Besitz zu lassen, als bis ich wegen einer Schuld, deren sich entweder derjenige selbst, welcher die Sache von mir fordert, oder ein Dritter, wegen dessen Verbindlichkeit mir die Sache zur Sicherheit gegeben wurde, gegen mich zu entledigen hat, vollkommen befriediget worden bin. Dieses Recht kann ich eigenmächtig ausüben, ohne daß ein richterliches Dekret dazu erforderlich ist. Denn es kommt hier nicht auf Erwerbung, sondern nur auf Erhaltung und Behauptung des Besitzes an. Das Mittel, welches mir die Gesetze zur Ausübung dieses Rechts geben, ist die exceptio doli mali, mit welcher ich den Kläger zurückweisen kann, wenn er die Herausgabe der Sache von mir verlangt, ehe er mich befriediget hat [8]).

Es ergiebt sich hieraus, worin sich das Retentionsrecht von der Compensation unterscheidet. Abrechnung ist zwar immer mit einer Zurückhaltung desjenigen verbunden, was man sonst hätte bezahlen müssen. Paulus und Papinian sagen dieses selbst [9]). Daher werden auch zuweilen die Benennungen retentio und compensatio

7) *L. 5. §. 12. D. Commodati.*

8) *L. 14. §. 1. D. Communi divid. L. 21. D. ad SCt. Trebell. L. 23. §. 4. L. 27. §. 5. L. 48. D. de rei vindicat. L. 4. §. 9. L. 5. §. 1. L. 14. D. de doli mali except. L. 28. D. de pign. act.* S. BOEHMER cit. Diss. §. 16.

9) *L. 4. L. 20. D. h. t.*

tio in den Gesetzen [10]) mit einander verwechselt. Allein man kann doch nie sagen, daß jeder, welcher retinirt, auch compensire, wie Schifordegher [11]) sehr richtig bemerkt. Retention und Compensation sind sehr unterschieden [12]). 1) Durch Compensation wird, wie durch Zahlung, eine Schuld getilgt. Allein durch Retention nur Sicherheit wegen einer Forderung bezweckt. Daher sagen auch die Gesetze, die Retention diene statt eines Pfandes, (quasi pignoris loco est) [13]). Doch darf deswegen Pfandrecht und Retentionsrecht nicht mit einander vermischt werden [14]). 2) Wer compensiren konnte, solches aber aus einem Irthum unterließ, kann das Gezahlte noch immer mit der condictione indebiti zurückfordern [15]); allein wer die Sache, welche er retiniren konnte, einmal aus seinem Besitz gelassen hat, dem steht kein Zu-

10) *L. 7. §. 5. D. Soluto matrim. L. 5. D. de dote praeleg. L. 11. C. depositi. L. 1. Cod. rer. amotar.*

11) Ad *Ant. Fabrum.* Lib. I. Tract. I. Qu. 1. et 2.

12) *Casp.* SCHIFORDEGHER cit. loco Qu. 5. et 6. hat diesen Unterschied sehr ausführlich erörtert.

13) *L. 13. §. 8. D. de act. Emti. L. 22. D. de heredit. vel act. vend. L. 31. §. 8. D. de aedilit. Edicto. L. 15. §. 2. D. de furtis.* S. *Greg.* MAJANSIUS Disput. iuris civ. Tom. I. Disp. XXVIII. §. 6. pag. 428. KIND Quaest. for. Tom. II. cap. 8.

14) Beydes wird nicht undeutlich in der *L. 1. C. Si aliena res pignori data sit,* unterschieden. S. PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. III. Obs. 172. §. 1. und Westphals Pfandrecht §. 6. Not. 18. a.

15) *L. 10. §. 1. D. de compensat.*

Zurückforderungsrecht zu [16]). 3) Die Compensation geschieht ipso iure; allein die Retention mittelst der exceptio doli. Daher hat 4) die Compensation eine fortdauernde Wirkung, allein die Retention nur eine zeitige, welche aufhört, sobald der Gläubiger befriediget ist. 5) Die Retention erfordert den Besitz der Sache als wesentliche Bedingung, ohne welche dieselbe durchaus nicht Statt finden kann [17]). Daß hingegen bey der Compensation der Besitz in keine Betrachtung kommt, erhellet daraus, weil der Bürge in Abrechnung bringen kann, was der Gläubiger dem Hauptschuldner schuldig ist [18]). Endlich 6) die Compensation kann Statt finden, wo keine Retention zulässig ist, und umgekehrt. Denn so kann z. B. der Mann wegen geschehener Entwendung das Heyrathsgut der Frau nicht zurückhalten [19]), wohl aber kann deshalb eine Compensation Statt finden [20]). Ferner ein Retentionsrecht kann an allen

16) *L. 51. D. de condict. indeb. L. 30. D. eodem.* Eine Ausnahme enthält *L. 21. D. ad SCt. Trebell.* Heres, cum debuerat quartam retinere, totam hereditatem restituit. Similem eum *Aristo* ait illis, qui retentiones, quas solas habent, omittunt. Sed posse eum rerum hereditariarum possessionem vel repetere vel nanciſci.

17) *L. 29. §. 1. D. de eviction. L. 36. D. ad SCt. Trebell.* Et addi velim, sagt hierbey SCHIFORDEGHER c. l. Qu. 6. retinere posse unumquemque, *qui modo detineat*, licet non possideat eo possessionis genere, quod proprium est interdictorum, ut ULPIANUS loquitur in *L. 9. D. de rei vindicat.*

18) *L. 5. D. h. t.*

19) *L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act.*

20) *L. 6. Cod. h. t.* S. *Hug.* DONELLUS in Comment. ad h. L. Cod. nr. 5. SCHIFORDEGHER cit. loc. Qu. 2. pag. 3.

allen Sachen ausgeübt werden, welche eines Besitzes fähig sind, nur nicht bey unkörperlichen Sachen [21]). Es kann daher auch eine species retinirt werden, wenn gleich die Forderung des Gläubigers ein debitum generis ist [22]). Allein eine Compensation findet nur bey fungiblen Sachen von gleicher Gattung, aber nie bey individuellen Sachen Statt [23]).

Das Retentionsrecht ist nun von verschiedener Art. I. In Rücksicht des Fundaments ist es entweder a) in einer unmittelbaren Verordnung der Gesetze gegründet. Hier wird es ein nothwendiges oder gesetzliches (ius retentionis *necessarium* seu *legale*) genennt. Ein solches hat z. B. die Ehefrau wegen ihres Heyrathsguts [24]); desgleichen derjenige, welcher in gutem Glauben auf einen fremden Grund und Boden gebauet hat, wegen der verwendeten Baukosten, sofern er nämlich im Besitz ist [25]). Oder b) in dem Willen desjenigen, dessen Sache retinirt wird. — Ein freywilliges Retentionsrecht (ius retentionis *voluntarium*); und dieses gründet sich entweder in einem Vertrage, oder in einer letzten Willensverordnung. Jenes wird ein conventionelles, letzteres ein testamentarisches Retentionsrecht genennt. Beydes läßt sich nur aus dem Inhalte der Willenserklärung, wodurch es ertheilt worden ist, näher be-

21) *L. 36. Cod. ad SCt. Trebell.*

22) *L. 33. D. de condict. indeb.*

23) *L. 18. pr. D. de pign. act.*

24) *L. 29. Cod. de iure dot.*

25) *§. 30. I. de rer. divis.*

bestimmen, und kann nicht weiter ausgedehnt werden, als soweit es dem Gläubiger bewilliget worden ist [26]). Man theilt das Retentionsrecht auch II. in Rücksicht der Form ein in ein qualificirtes und einfaches, je nachdem es entweder mit einem andern dinglichen Rechte verbunden ist, oder nicht [27]). Jenes kann entweder mit einem Pfandrechte [28]), wie z. B. dasjenige, was der Vermiether an den Sachen des Miethmanns wegen der Miethzinsforderung ausübt [29]), oder mit einem Eigenthumsrechte, wie dasjenige, welches dem Verkäufer wegen noch nicht erhaltenen Kaufgeldes an der verkauften Sache zusteht [30]); oder mit einem Erbrechte verbunden seyn, wie das Retentionsrecht des Erben wegen der ihm gebührenden Falcidischen oder Trebellianischen Quarte [31]). Um dieser Eintheilung ein praktisches Interesse zu geben, sagt man gewöhnlich [32]), das qualificirte Retentionsrecht behalte seine Wirkung auch noch nach entstandenem Concurse [33]), und berechtige den Gläubiger, sich selbst aus der

26) S. Dabelow Handbuch des heutigen röm. deutschen Privatrechts. I. Th. §. 360.

27) S. BOEHMER Diss. de iure retentionis §. 17. SCHMID Diss. de iis, quae ad exerc. ius retentionis necessaria sunt. §. 4. MALBLANC Princ. iuris Rom. P. I. §. 196. not. a. in fin. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 311.

28) *L. 25. D. de pignor. et hypoth.*

29) *L. 4. D. In quib. caus. pignus.*

31) *L. 14. §. 1. L. 15. §. 1. L. 16. pr. L. 80. §. 1. L. 90. D. ad Leg. Falcid. L. 21. D. ad SCt. Trebell.*

32) S. BOEHMER cit. Diss. §. 19. et 21. MALBLANC cit. Princip iur. Rom. §. 196. not. a. in fin.

33) *L. 15. §. 5. D. de re iudic.*

der Sache zu befriedigen [34]), so wie auch die Sache wieder zurück zu fordern, wenn er den Besitz derselben aus Irrthum aufgegeben haben sollte [35]), welches Alles sich bey dem einfachen Retentionsrechte anders verhalte. Allein theils sind diese Sätze nicht ausser Zweifel, wie zu seiner Zeit sich mit Mehrerem ergeben wird, theils nicht auf alle unter das qualificirte Retentionsrecht gezogenen Fälle anwendbar. Daher wird von mehreren heutigen Rechtsgelehrten [36]) diese Eintheilung nicht ohne Grund verworffen. Man glaubt vielmehr, daß sich das Retentionsrecht nach der Analogie vom usufructus, richtiger in ein materielles und formelles eintheilen lasse. Ersteres wird dasjenige genennt, welches aus dem Pfandrecht entspringt, und einen Bestandtheil desselben ausmacht; unter dem letzern aber wird dasjenige verstanden, welches aus dem Gesetz entspringt, und für sich besteht. Ersteres ist also eine Folge des Pfandrechts, so wie der usufructus materialis ein Theil des Eigenthums ist. Letzteres aber macht, wie der usufructus formalis, ein eigenes für sich bestehendes Recht aus.

Uebrigens führt das Retentionsrecht zwar die Verbindlichkeit mit sich, die zurückgehaltene Sache zu verwahren, solche nöthigen Falls zu verwalten, und auch darüber Rechnung abzulegen [37]); keinesweges aber folgt aus dem

34) *L.* 4. *L.* 9. *D. In. quib. caus. pign. L.* 29. Cod. de iure dot.

35) *L.* 21. *D. ad SCt. Trebell.*

36) S. Dabelow Handbuch des röm. deutsch. Privatrechts 1. Th. §. 359 not. e. Gönners Handbuch des gemeinen Prozesses 4. Bd. Nr. LXXXII. §. 10. und SCHNORR Diss. cit. §. 4.

37) MEVIUS P. I. Decis. 172. LAUTERBACH Diss. de retentione. §. 31.

dem Retentionsrecht an sich das Recht, die retinirte Sache ausschließlich zu verwalten, wofern nicht der Schuldner solches dem Gläubiger eingeräumt hat, oder dasselbe aus der Natur des dinglichen Rechts herfließt, vermöge welchen das Retentionsrecht ausgeübt wird [38]). Aus der bloßen Befugniß, die Sache einstweilen in seinem Besitz zu behalten, welche das Retentionsrecht gewährt, läßt sich dieses so wenig herleiten, als die Befugniß, durch Veräusserung der Sache, oder ihren sonstigen Gebrauch seine Befriedigung zu nehmen [39]). Soviel ist jedoch gewiß, daß das Recht sowohl auf die Erben desjenigen, dem es zusteht, als auf jeden andern Successor, dem er seine Forderung abgetreten hat, übergeht, wie auch schon Voet [40]) ganz richtig bemerkt hat.

§. 937.

Erfordernisse des gesetzlichen Retentionsrechts.

Das gesetzliche Retentionsrecht erfordert nun, wenn es rechtmäßig ausgeübt werden soll,

I. das Daseyn eines Gesetzes, welches in dem vorkommenden Falle die Ausübung desselben erlaubt [41]). Denn die Retention ist unstreitig eine Art von Selbsthülfe

38) S. BOEHMER Diss. de iure retentionis. §. 18.

39) *Henr.* BROKES select. observat. for. Obs. 263. Dabelow angef. Handbuch 1. B. §. 364.

40) Commentar. ad Pand. h. t. §. 20. in fin.

41) S. HEISLER Diss. de iure retentionis §. 30. BOEHMER cit. Diss. §. 7. *Walter Vinc.* WIESE Diss de retentione pignoris. *Rostochii 1780.* §. 5. not. c. SCHNORR Diss. de iure retentionis §. 8.

hülfe [42]). Im Staate kann aber Niemand, der eine Forderung an einen Andern zu haben glaubt, sein Recht gegen diesen anders, als unter richterlicher Auctorität, verfolgen, sofern nicht die Selbsthülfe besonders erlaubt ist. Bekannt ist das Decret des Kaisers **Marcus**, dessen Worte **Callistratus** *L.* 13. *D. Quod metus causa* anführt: Optimum est, ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris. — *Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per iudicem reposcit.* Gegen diese Verordnung streitet offenbar eigenmächtige Zurückhaltung einer dem Andern schuldigen Sache, welche mir nicht verpfändet worden ist. Sie kann daher anders nicht Statt finden, als in den Fällen, in welchen das Gesetz sie ausdrücklich erlaubt, und es findet hier keine ausdehnende Erklärung Statt [43]).

II. Die Forderung, um deren Willen das Retentionsrecht ausgeübt wird, muß an sich eine wahre, gesetzlich nicht reprobirte Forderung seyn, sie mag übrigens eine natürliche oder bürgerliche Verbindlichkeit zum

42) HEISLER cit. Diss. §. 28.

43) Anderer Meinung sind zwar SCHIFORDEGHER ad *Anton. Fabrum* Lib. I. Tract. I. Qu. 3. et 4. und LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim CLXXV. Cor. 2. Letzter bezieht sich besonders auf *L.* 12. *D. de vi et vi armata.* Allein es ist in diesem Gesetz von einem Retentionsrecht mit keinem Worte, sondern davon die Rede, ob dem Verpächter gegen den Pächter wegen verweigerter Restitution des verpachteten Guths das Interdictum unde vi zustehe? S. HEISLER cit. Diss. §. 30. Not. 2. Man sehe noch *L.* 25. §. 1. *in fin. D. Soluto matrim. L.* 5. *Cod. in quib. caus. pign.* und *L. ult. C. Commodati.*

zum Grunde haben, wenn sie auch an sich nicht klagbar seyn sollte [44]). Ob die Forderung des retinirenden Gläubigers auch sofort liquid seyn müsse, hängt von der Natur der gewählten Proceßart ab. a) Wird er im ordentlichen Proceß auf Herausgabe der Sache belangt, so kann er das Retentionsrecht ausüben, wenn auch seine Forderung noch nicht liquid ist. b) Ist hingegen eine executive Proceßart gewählt, so kann er das Retentionsrecht nur dann ausüben, wenn seine Forderung sofort klar ist [45]). Es kann jedoch auch in dem ersten Falle der Kläger dadurch dem Retentionsrechte des Beklagten ein Ende machen, wenn er Caution leistet, den Beklagten wegen seiner Forderung auf den Fall befriedigen zu wollen, da er sie noch klar machen würde [46]). Die Caution kann durch Bürgen oder Pfand geleistet werden [47]). Daß sie aber gerade mit der Sache selbst geleistet

44) *L. 16. §. 4. D. de fideiussor. L. 6. D. de compensat. L. 51. D. de cond. indeb.* S. *Iac.* CUJACIUS Observ. Lib. XVIII. cap. 10.

45) S. Thibaut System des Pand. R. 1. B. §. 311. a. E.

46) *L. 5. D. de statuliber.* CARPZOV Iurispr. for. P. II. Const. 25. def. 17. MEVIUS P. III. Decis. 368. LEYSER Medit. ad Pand. Specim. CLXXV. medit. 3. et 4. SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 9. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 130. Das Gegentheil behaupten jedoch mehrere aus dem Grunde, weil es schwer sey, eine annehmliche Caution zu bestimmen, wenn die Größe der Forderung noch nicht constirt. S. *Ant.* FABER in Cod. Lib. II. Tit. 22. Def. 15. nr. 4. LAUTERBACH Diss. de retentione. Th. 7. und SCHNORR cit. Diss. §. 10. in fin. Dahingegen stellt VOET in Comm. ad Pand. h. t. §. 21. alles dem richterlichen Ermessen anheim.

47) BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 15. Th. 4. not. 9.

stet werden müsse, deren Restitution verlangt wird, wie einige [48]) behaupten wollen, ist nicht erforderlich, auch ganz zweckwidrig.

III. Die Forderung, wegen deren man eine Sache zurückhalten will, muß mit der Sache selbst in Verbindung stehen (*debitum connexum*) [49]). Dahin gehört 1) wenn der Besitzer auf die Sache, oder in Beziehung auf dieselbe nothwendige oder nützliche Unkosten verwendet hat. Aus diesem Grunde der Version geben die Gesetze dem bonae fidei possessor die exceptio doli, wenn er vom Eigenthümer der Sache mit einer Realklage auf Restitution derselben belangt wird [50]). Aus diesem Grunde läßt sich auch das Retentionsrecht erklären, welches der magister navis an den geretteten Schiffsgütern ausüben kann [51]). Da jedoch hier alles von der Verordnung des Permissivgesetzes abhängt, so muß auch daraus beurtheilt werden, ob blos wegen eines nothwendigen, oder auch wegen eines nützlichen Aufwandes das Retentionsrecht gestattet wird. Denn so kann z. B. das Heyrathsgut der Frau nur wegen nothwendiger, nicht aber wegen blos nützlicher Ver-

48) STRYK Diss. de possessione per cautionem non auferenda. Cap. II. §. 15. SCHAUMBURG Compend. Dig. h. t. §. 9. SCHMID Diss. de iis. quae ad exerc. ius ret. nec. sunt. §. 12.

49) BOEHMER cit. Diss. §. 9—13.

50) §. 30. *I. de rer. div.* *L.* 27. §. 5. *L.* 48. *D. de rei vindicat.* *L.* 7. §. 12. *L.* 9. §. 1. *D. de acquir. rer. dom.* *L.* 14. *D. de doli mali et met. except.*

51) *L.* 2. *pr. D. ad Leg. Rhod. de iactu* S. den 14. Th. dieses Commentars §. 889. und Thibaut Syst. des P. R. 1. Th. §. 311. der 3. Ausg.

Verwendungen zurück gehalten werden [52]). Aus dem Grunde der versio in rem kann auch der Gläubiger das Pfand retiniren, wenn gleich der Pfandcontract an sich nichtig ist [53]). Einem nützlichen Aufwande werden die Dienste gleichgeachtet, die Jemand in Ansehung einer Sache geleistet hat. So können z. B. Sachwalter die Privatacten und Documente ihrer Clienten, oder Constituenten, desgleichen Notarien die verfertigten Instrumente so lange zurückhalten, bis sie ihr Honorarium erhalten haben [54]). Eben so können Handwerker und Professionisten die Sache, an welcher sie Arbeiten verrichtet haben, bis zur Erlangung ihres verdienten Lohns inne behalten [55]). 2) Wenn die Forderung des Besitzers aus eben dem Geschäft entstand, aus welchem gegen ihn auf Restitution der Sache geklagt wird. Dies ist der Fall, wenn ich eine Forderung aus einem Contract oder Quasi-Contract durch eine actio contraria verfolgen kann. Hier bin ich berechtiget die Sache zu retiniren, wenn die Herausgabe derselben durch die actio directa von mir verlangt wird. So lehrt Cajus *L.* 18. §. *ult. D. Commodati*, wenn er sagt: Quod autem *contrario iudicio* consequi quisque potest, id etiam *recto iudicio*, quo cum eo

52) *L. un. §. 5. Cod. de rei uxor. act. §. 37. I. de action. L. 5. pr. D. de impens. in res. dot. fact.*

53) *L. 1. Cod. Si aliena res pign. dat.*

54) *L. 25. in fin. D. de procurat.* LAUTERBACH Diss. de retentione Th. 21. SCHMID cit. Diss. §. 13. keinesweges aber ist es einem Beamten erlaubt, an Gerichtsacten ein Retentionsrecht auszuüben. S. CRAMER Observation. iuris univ. Tom. I. Obs. 305.

55) Faselius vom Retentionsrecht. §. 16.

eo agitur, potest salvum habere *iure pensationis*. Daß unter dem ius pensationis gar wohl das Retentionsrecht verstanden werden kann, hat schon Wilhelm Forne-rius [56]) bemerkt. Man setze also, ich hätte ein fremdes Pfand, welches der Gläubiger verkaufen wollte, um es dem Schuldner zu erhalten, ohne Auftrag desselben eingelöst. Klagt hier der Schuldner gegen mich mit der actio negotiorum gestorum directa, auf Herausgabe desselben; so kann ich von ihm verlangen, daß er mir die gehabte Auslage wieder erstatte. Deshalb steht mir die actio negotiorum gestorum contraria zu. Da aber meine Forderung hier aus dem nämlichen Geschäft entspringt, aus dem mein Gegner die Herausgabe der Sache verlangt, so bin ich nun auch befugt, die Sache, bis zu meiner Befriedigung, zu retiniren [57]). Aus gleichem Grunde steht dem Commodatar [58]), dem Pfandgläubiger [59]), Vormunde [60]) u. s. w. ein Retentionsrecht zu. 3) Wenn die Schuld aus der Sache, welche retinirt wird, bezahlt werden muß, die Verbindlichkeit rühre nun aus einem Vertrage, oder aus einer von den Gesetzen anerkannten

56) Selection. Lib. II. cap. 14. (in *Thes. Ottonian.* Tom. II. pag. 63.)

57) *L. 1. pr. D. Quib. mod. pign. vel hypoth. solvit.*

58) *L. 15. §. 2. L. 59. D. de furt.* S. den 13. Th. dieses Commentars §. 857. S. 464.

59) *L. 8. pr. D. de pigner. act.*

60) *L. 1. §. 4. D. de contr. et utili tut. act. L. 3. Cod. de contr. iud. tut.* S. *Io.* WUNDERLICH Disq. de iure retentionis, quatenus tutori competat. *Ienae 1758.*

ten Billigkeit her. **Böhmer** [61]) erklärt hieraus das Retentionsrecht, welches der magister navis an den geretteten Schiffsgütern ausüben kann; weil die übrigen Schiffsinteressenten, die sich deshalb an den magistrum navis halten können, aus diesen Gütern wegen ihres durch den Seewurf erlittenen Verlusts ihre Befriedigung erhalten müssen. Allein vielleicht ließe sich dieses Recht aus dem oben angegebenen erstern Grunde richtiger erklären. Ein anderes Beyspiel nimmt er aus *L.* 26. §. 4. *D. de condict indeb.* her. Es hat Jemand, der nur 100 Thlr. schuldig war, in der irrigen Meinung, als ob er 200 Thlr. schuldig wäre, dem Gläubiger ein Grundstück, welches 200 Thlr. werth ist, an Zahlungsstatt gegeben. Hier kann nach **Ulpians** Entscheidung das Grundstück ganz zurückgefordert werden, damit nicht der Schuldner in eine ihm ungelegene Gemeinschaft mit dem Gläubiger gerathe. Die Schuld ist nun aber auch dadurch nicht getilgt. Weil indessen das Grundstück an Zahlungsstatt gegeben war, so kann es der Gläubiger so lange zurück behalten, bis die Schuld bezahlt ist. **Ulpian** sagt: Condictio integrae rei manet, et obligatio incorrupta: *ager autem retinebitur, donec debita pecunia solvatur.* Allein es wird sich unten noch ein anderer mehr treffender Grund hiervon angeben lassen. Richtiger werden diejenigen Fälle hierher gerechnet, da der Gläubiger sich in dem rechtmäßigen Besitz einer ihm hypothekarisch verpfändeten Sache befindet. So kann z. B. der Vermiether eines Hauses an den Illaten seines Miethmanns, und die Ehefrau wegen ihres Eingebrachten an den Sachen des Mannes ein Retentionsrecht ausüben

61) Diss. cit. §. 11.

üben [62]). 4) Wenn man durch eine fremde Sache einen vom Eigenthümer zu ersetzenden Schaden erlitten hat. Hier schützen uns die Gesetze so lange im Besitz der Sache, bis der Schade vollkommen ersetzt ist. Wenn z. B. des Nachbars Gebäude mir durch seinen Einsturz geschadet hat, so kann ich die auf meinen Grund gefallenen Materialien retiniren, bis mir der Schade ersetzt ist [63]). Eben so, wenn durch Gewalt des Windes und Wassers ein fremdes Schiff auf meinen Acker getrieben wird. Hier sagen es die Gesetze ausdrücklich, daß ich das Schiff retiniren könne, bis mir der durch dasselbe zugefügte Schade vergütet worden ist [64]). Unrichtig rechnet man auch hieher die nach teutschen Rechten erlaubten Pfändungen z. B. fremder Thiere, die uns auf unserm Grundstück Schaden zugefügt haben, wovon ich schon an einem andern Ort [65]) gehandelt habe. Denn zwischen diesem Pfändungs- und dem Retentionsrechte ist noch ein großer Unterschied. Jenes setzt den Besitz der zu retinirenden Sache so nothwendig voraus, daß es ohne denselben gar nicht denkbar ist. Letzteres aber dient dazu, um erst den Besitz zu erlangen, und wird also in Ermangelung des Besitzes

62) *L. 4. et 9. D. In quib. caus. pignus. L. 29. Cod. de iure dotium.*

63) *L. 6. L. 7. §. 2. L. 9. pr. D. de damno infecto.*

64) *L. 9. §. 3. D. eodem. L. 8. D. de incendio ruin. naufrag.*

65) S. den 10. Th. dieses Commentars §. 697. Vergl. auch *Henr. God.* BAUER Exercitat. iur. civ. de pignerationе privata. *Lipsiae 1810.*

sitzes ausgeübt [66]). Daher gestattet auch das römische Recht durchaus keine Privatpfändungen [67]). Endlich 5) wenn man eine Sache für eine Gegenleistung herausgeben soll, so kann man sie, bis diese erfolgt ist, zurückhalten. Z. B. die verkaufte Sache, so lange das Kaufgeld nicht bezahlt ist. Hierher gehört auch richtiger das oben bey Nr. 3. aus *L.* 26. §. 4. *D. de condict. indeb.* angeführte Beyspiel [68]).

Ist keiner von diesen Gründen der Connexität vorhanden, so findet das Retentionsrecht nicht Statt [69]). Nur bey dem Pfandinhaber machen die Gesetze eine Ausnahme [70]). Dieser ist bey einem gültig bestellten Conventional-

66) S. *Henr. Gottfr.* BAUER Observationes grammaticae atque historicae circa pignerationem privatam. *Lipsiae 1810.* P. II. §. 2. pag. 18. sq.

67) *L. 39. §. 1. D. ad Leg. Aquil.*

68) S. Thibaut System des Pandect. Rechts 1. Th. §. 311.

69) Anderer Meinung ist zwar *Iac. Frid.* LUDOVICI in Diss. de iure retentionis ex diversa etiam causa competente. *Halae 1716.* Allein dieser Meinung stehen *L. 5. D. de dote praeleg. L. 5. Cod. In quib. causis pignus. L. 4. Cod. commodati. L. 11. Cod. depositi* offenbar entgegen. Man sehe BOEHMER Diss. de iure retentionis. §. 12. et 13. LEYSER Meditat. ad Pand. Specim. CLXXV. medit. 5. SCHMID Diss. de iis, quae ad exercend. ius ret. necess. sunt. §. 15. und MÜLLER Observ. pract. ad *Leysserum.* Tom. II. Fasc. I. Obs. 368.

70) *L. un. Cod. Etiam ob chirographar. pecun. pignus teneri posse.* — At si in possessione fueris constitutus: nisi ea quoque pecunia tibi a debitore reddatur, vel offeratur, quae *sine pignore* debetur, eam restituere *propter exceptionem doli mali* non cogeris.

tionalpfandrechte [71]) befugt, das Pfand auch wegen anderer nicht connexer Forderungen so lange zurück zu halten, bis alles übrige bezahlt ist; wenn gleich die eigentliche Pfandschuld schon ist abgetragen worden [72]). Dieses Retentionsrecht ist jedoch nur gegen den Schuldner und dessen Erben von Wirkung. Gegen einen Dritten, z. B. gegen einen nachgehenden hypothekarischen Gläubiger, wel-

cogeris. Iure enim contendis, debitores eam solam pecuniam, *cuius nomine ea pignora obligarunt*, offerentes audiri non oportere, nisi pro illa etiam satisfecerint, *quam mutuam simpliciter acceperunt*. Man sehe über dieses Gesetz des Krs Gordian *Iac.* CUJACIUS Recitat. solemn. in Cod. Lib. VIII. Tit. 26. *Hugo* DONELLUS Comm. ad eund Tit. und *Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad h. Tit. P. II. pag. 360.

71) S. *Reinh.* BACHOVIUS Tr. de pignorib. et hypothecis Lib. III. cap. 5. nr. 7. *Io. Henr. Christ.* ERXLEBEN Principia de iure pignor. et hypothecar. §. 202. besonders *Walt Vinc.* WIESE Diss. de retentione pignoris tam ob eadem quam ob diversa. *Rostochii 1780.* §. 30. et 31. und Joh. Christ. von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 2. Th. Bemerk. X.

72) S. Webers systemat. Entwickelung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit. §. 108. Anderer Meinung ist zwar WIESE cit. Diss. §. 13. Er unterscheidet mit COCCEJI in iure civ. controv. Lib. XX. Tit. 1. Qu. 17. ob der Gläubiger die ihm angebotene Bezahlung der Pfandschuld angenommen habe, oder nicht. Im ersten Falle sey das Recht des Gläubigers an dem Pfande erloschen, und er könne daher auch wegen der übrigen noch rückständigen chirographarischen Forderungen kein Retentionsrecht weiter ausüben. Allein die zur Bestärkung dieses Unterschiedes angeführten *L. 11. §. 3. D. de pign. act.* und *L. 3. Cod. de luit. pign.* beweisen so wenig, als die *L. un. Cod. etiam ob chirograph pecun.* ein Wort davon enthält. Siehe den 14. Th. §. 871. dieses Commentars.

cher sich des Eintretungsrechts bedienen will, findet es nicht Statt. Dieser braucht nur die Pfandschuld zu bezahlen, um das Recht und Pfand des abgefundenen Gläubigers zu erhalten [73]). Es kann ihm folglich auch die exceptio doli nicht entgegengesetzt werden. Wer nun ausser jenem Falle, widerrechtlich vom Retentionsrechte Gebrauch macht, ist dem Schuldner zum Ersatz alles Schadens verpflichtet, welchen er ihm dadurch zugefügt hat [74]).

Ob übrigens das Retentionsrecht auch im Concurse der Gläubiger von Wirkung sey, wenn ein Gläubiger eine dem Schuldner eigen gehörige Sache in Händen hat, ist besonders in dem Falle eine sehr bestrittene Rechtsfrage, wenn ihm daran ein Pfandrecht zusteht? Denn daß das sogenannte einfache Retentionsrecht im Concurs aufhöre, bezweifelt Niemand. Nach dem röm. Rechte kann zwar jene Frage nicht aufgeworfen werden, weil der Concurs, welcher bey den Römern eigentlich mit der cessio bonorum oder mit der missio in bona debitoris seinen Anfang nahm, und die dadurch entstandene Gemeinschaft, nur die vorzugslosen chirographarischen Gläubiger anging, folglich bey demsel-

ben

73) *L. un. Cod. etiam ob chirogr.* Quod in secundo creditore locum non habet: nec enim necessitas ei imponitur, chirographarium etiam debitum priori creditori offerre. Von diesem Falle, da der besitzende Pfandgläubiger mit einem ihm nachstehenden Gläubiger, des Pfandes halber zu thun hat, der durch Ausbezahlung der Pfandschuld in die Stelle und Rechte des ersten treten will, ist ohne Zweifel auch die so sehr bestrittene *L. 4. Cod. de usuris* zu verstehen, wie Weber in den Versuchen über das Civilrecht S. 197—201. überzeugend dargethan hat.

74) BOEHMER Diss. de iure retentionis. §. 14.

ben kein Pfandgläubiger in diese Gemeinschaft der Creditoren zu treten verbunden war. Jeder von diesen Gläubigern verfolgte seine Hypothek für sich, und blieb, bis zu seiner völligen Befriedigung, in dem ruhigen Besitz des Pfandes. So lange also die Pfandgläubiger nicht befriediget waren, konnten die chirographarischen Gläubiger keine Immission in das Vermögen des Schuldners erhalten [75]). Allein gerade darin unterscheidet sich das heutige Concursverfahren von dem Römischen, daß es ein iudicium universale ist, dessen Charakter sich vorzüglich darin äussert, daß das gesammte Vermögen des Schuldners unter alle diejenigen, welche daran Ansprüche haben, vertheilt werden muß [76]). Dieser Geist der Allgemeinheit in Auseinandersetzung des verschuldeten Vermögens verpflichtet jeden durch die Edictalcitation aufgeforderten Gläubiger, wenn er aus der gegenwärtigen Concursmasse befriediget seyn will, seine Forderung beym Concurse zu liquidiren. So wie demnach heutzutage hypothekarische Gläubiger sich in den Concurs einlassen müssen, eben so erfordert es die Rechtsgleichheit, auch den Faustpfandgläubigern eine gleiche Verbindlichkeit aufzulegen, weil ein Faustpfandgläubiger nicht mehr Rechte, als ein hypothekarischer Gläubiger, haben kann. Die Natur des heutigen Concurses, als iudicium universale, bringt es daher mit sich, daß der Faustpfandgläubiger schuldig sey, das Pfand zur Concursmasse ab-

75) *L. 10. Cod. de rebus auctorit. iudicis possidend.* Dabelows ausführliche Entwickelung der Lehre vom Concurse der Gläubiger S. 273. ff.

76) S. Gönners Handbuch des gemeinen Processes 4. Band Nr. LXXXII. §. 5. ff.

abzuliefern, und seine Befriedigung in der gehörigen Ordnung aus dem Concurse zu erwarten [77]). So natürlich mir diese Ansicht zu seyn scheint, so sind doch viele Rechtsgelehrten anderer Meinung. Einige [78]) behaupten schlechterdings, daß durch den Concurs das Retentionsrecht des Pfandgläubigers nicht aufgehoben werde, mithin der Pfandinhaber, bevor ihm seine Forderung bezahlt worden, zur Herausgabe des Pfandes nicht angehalten werden könne. Andere [79]) hingegen glauben, daß der Pfandinhaber die Vor-

77) S. Claproths Einleitung in sämmtliche summarische Processe §. 319. Stepfs syst. Lehre vom Contradictor bey einem förmlichen Schuldenwesen. §. 88. ERXLEBEN de iure pignor. et hypoth. §. 204—210. Dabelow Lehre vom Concurse der Gläub. S. 682. ff. Gönners Handb. des gem. Proz. IV. B. Nr. 82. §. 10. Danz Grundsätze der summar. Processe §. 160., nr. V. S. 252. Martins Lehrbuch des bürg. Processes §. 312. 4. SCHNORR Diss. de iure retentionis. §. 16.

78) *Io. Flor.* RIVINUS Diss. de iure retentionis moto concursu. *Lipsiae 1728.* MEVIUS P. II. Decis. 15. et P. VII. Decis. 40. de CRAMER Observat. iur. univ. Tom. I. Obs. 336. *Ge. Lud.* BOEHMER Diss. cit. de iure retentionis §. 19. besonders *Io. Ad. Th.* KIND Quaest. for. Tom. II. Cap. 8. und Georg Happel die Rechte der Gläubiger in Ansehung der Faustpfänder besonders bey ausgebrochenem Concurse. 3. Absch. S. 74. ff.

79) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CCXXXI. medit. 1. et 2. et Vol. VII. Specim. CCCCLXXXVI. medit. 1. a PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 60. *Paul Wilhelm* SCHMID Diss. de iure retentionis circa pignus post motum concursum in tantum cessante. *Ienae 1759. Amand. Christ.* DORN Diss. de iure retentionis in concursu creditorum. *Kilon. 1764.* §. 22. HOFACKER Princip. iur. civ. R. G. Tom. III. §. 4127. nr. IV. Weber syst. Entwick. der Lehre von der

Vortheile des Retentionsrechts wenigstens so lange genieſſe, bis vorzüglichere Gläubiger sich gemeldet hätten, welche wegen eines stärkern Rechts auf die Herausgabe des Pfandes dringen könnten. Eher brauche er sich auch nicht in den Concurs einzulassen, und dann bringe er seine Forderung immer noch zur rechten Zeit in Anregung. Allein die Gründe, welche man zur Unterstützung der gegentheiligen Meinung aus dem römischen Recht [80]) hernimmt, sind wegen der Verschiedenheit des römischen Concursverfahrens von dem heutigen ganz unanwendbar. Man kann auch nicht schließen, weil der Gemeinschuldner das Pfand ohne Bezahlung der Schuld nicht zurückfordern konnte, so komme auch den Gläubigern diese Befugniß nicht zu. Denn repräsentiren auch die Gläubiger die Person des Gemeinschuldners in Rücksicht der Masse, und der darauf haftenden dinglichen Lasten, sowohl activ als passiv, so sind sie deswegen doch nicht als successores universales des Cridars anzusehen, welche, den Erben gleich, alle und jede Verbindlichkeiten desselben erfüllen müßten [81]). Die Gläubiger behalten unter sich immer ein getheiltes Interesse; indem daher manche von denselben als potiores in pignore, ihre eigenen besondern Vorzugsrechte an den zum Faustpfande gegebenen Sachen verfolgen, kann man wohl nicht sagen, daß sie als Repräsentanten der Concursmasse,

der natürl. Verbindlichkeit §. 109. und Thibaut Syst. des P. R. 3. Th §. 1225.

80) *L. 15. §. 5. D. de re iudic. L. 4. Cod. de pignorib.*

81) Vortreflich ist dieser Satz ausgeführt in *Io. Ad. Th.* KIND Quaestion. for. Tom. II. cap. 5. Man sehe auch *Fratr.* BECMANNORUM Consil. et Decision. P. II. Decis. 94.

masse, das Pfand mit der actio pigneratitia abfordern. Man wendet zwar ein, daß in vielen Concursen gar keine Gläubiger vorkämen, die auf einen Vorzug Anspruch machen können. Allein auch dieser Einwurf hebt noch nicht die Regel auf, daß die in den Händen der Gläubiger sich befindenden Pfänder auch vor der Bezahlung zur Concursmasse abgeliefert werden müssen. Denn da diese Pfänder Eigenthum des Gemeinschuldners bleiben, so machen sie unstreitig einen Theil der Concursmasse aus, welcher das billig zu statten kommt, was nach bezahlter Schuld am Kaufpreise übrig bleibt. So lange also diese Faustpfänder noch nicht der Concursmasse einverleibt worden sind, kann man dieselbe noch nicht für vollständig berichtiget ansehen. Den Faustpfandgläubigern nach entstandenem Concurse das Recht einer abgesonderten Befriedigung zuzugestehen, würde auch schon darum widerrechtlich seyn, weil ja die Veräußerung des Vermögens bey einem Concurse unter gerichtlichem Ansehen zu vollziehen ist. Wo ist nun aber das Gesetz, welches die Faustpfandgläubiger von der Nothwendigkeit, das Pfand zum Zweck eines ordnungsmäßigen Verkaufs dem Gericht zu überliefern, freyspricht? Wie dadurch der Credit gestört werde, ist auch nicht abzusehen. Dem Gläubiger bleibt ja sein Pfandrecht an der Sache unbenommen, und er erhält auch seine Bezahlung aus dem Erlöß, sofern ihm nicht vorzüglichere Gläubiger vorgehen, und diese hätten ja auch außer dem Concurse das Pfand entwähren können.

Lib. XVI. Tit. III.

Depositi vel contra.

§. 938.

Begriff, wesentliche und gesetzliche Bestimmungen des Hinterlegungscontracts.

Der Hinterlegungs-Contract, *depositum* [82]), *commendatum* [83]), ist derjenige Realcontract, wodurch Jemandem eine Sache zur Verwahrung ohne einen versprochenen Lohn übergeben, und solche von diesem auch in derselben Absicht mit der Verbindlichkeit zur Restitution übernommen wird. **Ulpian** nimmt jedoch das Wort *Depositum* für die hinterlegte Sache selbst, wenn er sagt *L.* 1. *D. h. t.* DEPOSITUM est, quod *custodiendum* alicui datum est.

82) Woher der Name *depositum* entstanden ist, zeigt *Ger.* NOODT in Commentar. ad Dig. h. t. pag. 364.

83) *L. 186. D. de verbor. signif.* Commendare nihil aliud est, quam *deponere.* Man sehe auch *L. 24. et L. 26. D. h. t. L. 6. L. 9. Cod. eodem.* S. *Hug.* DONELLUS Commentar. ad rubr. Tit. Cod. Depositi nr. 6. et 7. pag. 248. und *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Anteiust. pag. 280. not. 3. p. 282. not. 20.

84) Ueber diesen Titel sind zu bemerken *Franc.* DUARENI Commentar. ad hunc Tit. Pand. et Cod. in *Operib.* pag. 1005. *Vinc.* CAROCCII Tr. de deposito. *Colon. 1604. 8. Io. Henr.* BOECLER Diss. de deposito. *Argentor. 1708. Aug. de* BALTHASAR Diss. de favore depositi. *Gryph. 1749. 4. Casp.* ZIEGLER Diss.

eſt [84]). Gewöhnlich pflegt man zwar in dem Doctrinalbegriff noch hinzuzufügen, daß die Sache auf Verlangen zu jeder Zeit in Natur (in eadem ſpecie) zurückgegeben werden ſolle [85]). Allein dieſe Beſtimmungen ſind nicht weſentlich, wie ſchon **Lauterbach** [86]) erinnert hat. Denn a) zuweilen kann die hinterlegte Sache erſt zurückgefordert werden, wenn eine gewiſſe Bedingung eintritt, wie z. B. beym Sequeſtrum der Fall iſt, da eine Sache zur Sicherung der Rechte einer Parthey auf einige Zeit in Verwahrung oder Aufſicht gegeben wird, wenn auſſerdem Gefahr für die Sache zu befürchten iſt. Proprie autem in *ſequeſtre* eſt depoſitum, ſagt **Paulus** *L.* 6. *D. h. t.* quod a pluribus in ſolidum *certa conditione* cuſtodiendum reddendumque traditur. Die Bedingung iſt hier gewöhnlich die, daß die Sache nach geendigtem Prozeß dem obſiegenden Theile ausgeliefert werden ſoll [87]). Doch kann das Sequeſtrum auch bey Sachen vorkommen, über welche kein Prozeß geführt wird [88]). Ein Beyſpiel von einer Sequeſtration des Heyrathsgutes einer wahnſinnigen Ehefrau bis

auf

Diſſ. de depoſito. in EIUS *Disceptation. ſelect.* Nr. XVIII. pag. 658. und *Nic. Chriſtph.* LYNKER Diſſ. de privilegiis depoſiti. *Ienae 1678.*

85) S. VOET Comm. h. t. §. 1. WESTENBERG Princip. iuris ſec. ord. Pand. h. t. §. 4. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 522. HOFACKER Princip. iuris civ. T. III. §. 1878. u. m.

86) Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 1.

87) *L. 9. §. 3. D. de dolo malo L. 17. pr. D. h. t. L. 5. Cod. eodem. L. 110. D. de Verb. Signif.*

88) S. Hugo civiliſt. Magazin 1. Band S. 265.

auf den Fall ihrer Wiederherstellung oder ihres Todes, wenn der Ehemann dasselbe zu verschleudern anfängt, hat **Ulpian** *L.* 22. § 8. *D. Soluto matrim* [89]). Es braucht auch b) nicht immer eben dieselbe Sache restituirt zu werden; zuweilen wird ausgemacht, daß nur tantundem zurückgegeben werden solle, und dennoch ist die actio depositi begründet, wie **Papinian** lehrt *L.* 25. §. 1. *D. h. t.* Qui pecuniam apud se non obsignatam, ut *tantundem* redderet, depositam ad usus proprios convertit, post moram in usuras quoque *iudicio depositi* condemnandus est [90]). Man unterscheide also bey dem Hinterlegungscontract die wesentlichen Bestimmungen von denen, welche zwar gewöhnlich und daher rechtlich zu vermuthen, aber doch nicht wesentlich sind, folglich durch Nebenverträge abgeändert werden können, (naturalia depositi).

I. Zu den wesentlichen Bestimmungen dieses Contracts gehören folgende. 1) Uebergabe einer Sache. Denn das Depositum ist ein Realcontract [91]). Daß die Uebergabe immer von dem selbst geschehe, dem die Sache gehört, ist nicht nöthig; sie kann auch mit dessen Einwilligung von einem Andern sogar durch eine fictio brevis manus

89) Mehrere Beyspiele enthalten *L. 7. §. 2. D. Qui satisdare cogant. L. 39. D. de solut. L. 5. Cod. h. t.* S. de COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 16.

90) S. *Ger.* NOODT de pactis et transaction. Cap. 19. *Oper.* Tom. I. pag. 539. sqq. und CORN. *van* BYNCKERSHOEK Observation. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 5. pag. 300.

91) §. 3. §. *Quib. modis re contrab. obligatio.*

manus geſchehen [92]). Ein Beyſpiel führt Papinian *L.* 25. *pr. D. h. t.* an. Die ſponſaliorum aut poſteà res oblatas puellae, quae ſui iuris fuit, pater ſuſcepit. Heres eius, ut exhibeat, recte convenietur etiam *actione depoſiti.* Eben ſo braucht auch die Uebergabe nicht immer dem Depoſitar ſelbſt zu geſchehen, ſie kann auch auf ſeinen Befehl einem Dritten geſchehen, der die Sache in ſeinem Namen verwahren ſoll. *L.* 1. §. 14. *D. h. t.* Idem POMPONIUS quaerit, ſi apud te volentem me deponere, iuſſeris apud libertum tuum deponere, an poſſim tecum depoſiti experiri? Et ait, ſi *tuo nomine*, hoc eſt, quaſi te cuſtodituro, depoſuiſſem, mihi tecum *depoſiti* eſſe *actionem:* ſi vero ſuaſeris mihi, ut magis apud eum deponam, teçum nullam eſſe actionem, cum illo *depoſiti actio* eſt; nec *mandati* teneris, quia rem meam geſſi. So lange hingegen die Uebergabe noch nicht erfolgt iſt, iſt noch kein Depoſitum vorhanden, wenn auch gleich der Depoſitionsſchein ſchon wäre ausgeſtellt worden. Paulus ſagt *L.* 26. §. 2. *D. h. t.* Ex epiſtola obligationem quidem nullam natam videri, ſed probationem depoſitarum rerum impleri poſſe. 2) Die Sache muß dem Andern zu dem Zweck übergeben ſeyn, daß er ſie verwahre. Dieſen weſentlichen Zweck des Contracts bezeichnen die Geſetze mit dem Worte *cuſtodia rei*, worunter alſo hier die Sorge für die Erhaltung der Sache verſtanden, und die Verbindlichkeit ausgedruckt wird, die Sache an einem ſichern Ort niederzulegen, damit ſie weder entwendet, noch beſchädiget werde. Totum fidei eius commiſſum, quod *ad cuſtodiam rei* pertinet, ſagt Ulpian *L.* 1. *pr.*

92) S. ZIEGLER cit. Diſſ. §. 18. et 19.

pr. D. h. t. Zwar wird §. 19. oder nach andern §. 17. *I. de obligationib. quae ex delicto* gesagt: Sed is, apud quem res deposita est, *custodiam non praestat*, sed tantum in eo obnoxius est, *si quid ipse dolo malo fecerit*; allein die *custodia*, welche hier dem dolus, und also auch der culpa lata entgegengesetzt wird, und welche der Depositar nicht prästiren soll, wird hier in einem andern Sinn genommen. Es wird nämlich durch diesen Ausdruck die Verbindlichkeit bezeichnet, die Sache mit der größtmöglichsten Sorgfalt zu bewahren [93]). Der Depositar soll also nicht für den Untergang oder das Abhandenkommen der Sache verantwortlich seyn, wenn dieser Schaden in keiner groben Nachläßigkeit, sondern nur in einem ganz geringen Versehen seinen Grund haben sollte. Daher heißt es in dieser Stelle, der Depositar habe auch die actio furti nicht, si res ei subrepta fuerit, *quia restituendae eius rei nomine depositi non tenetur, nec ob id eius interest, rem salvam esse* [94]). Denn wer die actio furti anstellen kann, ohne Eigenthümer der gestohlnen Sache zu seyn, muß, wenn sonst kein besonderer Grund vorhanden ist, die Verbindlichkeit haben, dieselbe mit der größtmöglichsten Sorgfalt zu bewahren [95]). Da also beym Depositum die Aufbe-

93) Theophilus sagt in seiner griechischen Paraphrase: *diligentiam non utique debet in re deposita.* S. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 4. und Schömans Lehre vom Schadensersatze 1. Th. S. 88. ff.

94) Man vergleiche hiermit *L. 14. §. 3. D. de furtis.*

95) *L. 10. §. 1. D. Commodati. L. 14. §. 15. D. de furtis. L. 12. pr. D. eodem. L. 14. §. 10. et 17. D. eodem.* S. von Löhr Theorie der Culpa §. 12. S. 74. ff.

bewahrung einer Sache den Hauptzweck des ganzen Contracts ausmacht, so muß auch die Sache zu diesem Zweck sofort übergeben werden. Wenn daher dem Andern eine Sache in der Absicht übergeben wird, daß er sie einem Dritten in Verwahrung geben, und wenn dieser sie nicht nehmen wolle, er sie selbst aufbewahren solle; so hat hier die actio depositi eben so wenig, als in dem Falle, statt, wenn ich Jemandem auftrage, sich eine Sache, welche ein Dritter schon in Verwahrung genommen hat, von ihm geben zu lassen, und sie selbst zu verwahren, sondern in beyden Fällen ist die actio mandati begründet; weil hier das Mandat der erste und Hauptcontract ist, welchem custodiae lex nur als ein Nebenvertrag ist beygefügt worden [96]). Hieher gehört *L.* 1. §. 12. *et* 13. *D. h. t.* Quod si rem tibi dedi, *ut, si Titius rem non recepisset, tu custodires*, nec eam receperit: videndum est, utrum depositi tantum, an et mandati actio sit? Et POMPONIUS dubitat. Puto tamen, *mandati esse actionem:* quia plenius fuit *mandatum, habens et custodiae legem.* — Idem POMPONIUS quaerit, si tibi mandavero, *ut rem ab aliquo meo nomine receptam custodias*, idque feceris, mandati, an depositi tenearis? Et magis probat, *mandati* esse *actionem*, quia hic est *primus contractus.* Es muß aber die Sache nicht blos zum Zweck der Aufbewahrung dem Andern übergeben, sondern auch dieselbe von diesem in keiner andern Absicht übernommen worden seyn, wenn das Geschäft als ein Depositum gelten soll. Nam si ego quasi *deponens* tibi

96) S. *Franc.* DUARENUS in Tit. Dig. de reb. credit. Cap. 2. pag. 879. in fin. et sq. *Ger.* NOODT Comm. ad h. Tit. pag. 364. §. *Est igitur* in fin.

tibi dedero, sagt Ulpian *L.* 18. §. 1. *D. de rebus credit.* tu quasi mutuam accipias: nec *depositum*, nec *mutuum* est: sed consumtis nummis *condictioni* sine doli exceptione locus erit. Durch diesen wesentlichen Zweck, welcher bey dem Hinterlegungs-Contract zur Bedingung gemacht wird, unterscheidet sich dieser Contract von andern, in welchen zwar auch die dem Andern gegebene Sache zu verwahren ist, diese custodia aber doch nur Nebenzweck des Contracts ist, wie z. B. beym Commodatum, dem Pfandcontract, auch dem Bevollmächtigungscontract, wenn z. B. dem Procurator die zur Führung des übertragenen Processes nöthigen Documente anvertrauet werden. Denn die Klage auf deren Zurückgabe ist nicht die actio depositi, sondern die *actio mandati* [97]). 3) Die Verwahrung der Sache muß ohne bedungenen Lohn geschehen. Wird ein Lohn versprochen, so ist das Geschäft ein Miethcontract, oder ein contractus innominatus, wenn für die Dienste, statt eines Lohns in Gelde, etwas Anders geleistet werden soll [98]. Die Zulässigkeit eines Honorariums ist jedoch dadurch nicht ausgeschlossen [99]). Endlich 4) der Depositar ist verbunden, die Sache dereinst zu restituiren. War nun die Sache, als

97) *L. 8. pr. D. Mandati.* Si procuratorem dedero, nec instrumenta mihi causae reddat, qua actione mihi teneatur? Et LABEO putat, *mandati eum teneri:* nec esse probabilem sententiam existimantium, ex hac causa agi posse *depositi:* uniuscuiusque enim contractus initium spectandum, et causam.

98) *L. 1. §. 8. 9. et 10. D. h. t. L. 22. D. de praescript. verb.*

99) *L. 2. §. 24. D. de vi bonorum raptor.* S. LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 15.

als eine fungible, deponirt, so braucht nur, wie beym Darlehn, eine Sache von derselben Qualität und Quantität, als zur Verwahrung gegeben worden, von dem Depositar zurückgegeben werden; ausserdem muß die Restitution der deponirten Sache in Natur geschehen. Da jedoch auch in jenem Falle, wenn die Sache, als eine fungible, hinterlegt worden ist, dem Deponenten gleichviel gilt, ob er das deponirte Individuum, oder ein anderes von gleicher Qualität und Quantität zurückerhält, so kann man mit Wahrheit sagen, es werde auch da, wo tantundem zurückgegeben werden soll, idem, quod depositum fuit, restituirt [100]), und so erklärt sich denn, wenn Justinian sagt §. 3. *I. Quib. mod. re contrahitur obl.* Et is, apud quem res aliqua deponitur, re obligatur, *quia et ipse, de ea re, quam accepit, restituenda tenetur.* Soviel hiernächst

II. die gesetzlichen und ausserwesentlichen Bestimmungen des Depositums (*naturalia depositi*) anbetrift, so gehören dahin folgende. 1) Die deponirte Sache muß in specie restituirt werden [1]). Denn 2) das Eigenthum der Sache bleibt bey dem Deponenten. Nicht einmal der Besitz im juristischen Sinn geht auf den Depositar über, außer wenn von einem Sequester die Rede ist, und zwar diesem der Besitz ausdrücklich übertragen wird; sonst ist auch nicht einmal der Sequester juristischer Besitzer, sondern er verwaltet bloß einen fremden Besitz, daher

100) S. *Ger.* NOODT de pactis et transact. Cap. 19. in *Operib.* Tom. I. pag. 540.

1) *L. 1. §. 5. D. de obligat. et actionib.* ZIEGLER Diss. de deposito. §. 36.

daher wird auch durch diesen Besitz die Usucapion nicht unterbrochen. Folgende Gesetzstellen sind hier besonders merkwürdig.

L. 17. §. 1. *D. h. t.* Rei depositae proprietas apud deponentem manet, sed et possessio, nisi apud *sequestrem* deposita est [2]): *nam tum demum sequester possidet;* id enim agitur ea depositione, ut r. utrius possessioni id tempus procedat.

L. 39. *D. de acquir. vel amitt. poss.* Interesse puto, qua mente apud sequestrum deponitur res. Nam si

2) Die Worte *deposita est*, gehen unstreitig auf possessio. So erklären *Io.* VOET Commentar. h. t. §. 12. und *Ger.* NOODT Commentar. ad Dig. h. t. §. *Consilium mihi fuit* pag. 365. diese Stelle richtiger, als Accursius, welcher sie so verstehen will: *nisi res apud sequestrem deposita est:* d. h. das Depositum gebe keinen Besitz, ausser wenn die Sache sequestrirt worden. *Franc.* DUARENUS in Comm. ad h. Tit. Cap. 1. in *Opp.* pag. 1006. hat diese Erklärung mit Recht verworfen, welcher jedoch das *deposita est* ohne Noth durch *omissa est* erklärt. S. von Savigny Recht des Besitzes §. 25. S. 285. Not. 2. Eben so unnöthig ist die Emendation des *Marq.* FREHER Parergor. seu Verisimil. Lib. I. cap. 7. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. I. pag. 870.) welcher lesen will: *Tum autem demum sequester possidet, cum id agitur* etc. S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LVIII. Th. 10. Zwar liesst auch POTHIER Pandect. Iustinian. h. t. Nr. X. not. d. *cum id agitur.* Allein schon die genaue Uebereinstimmung der Basiliken Tom. II. Lib. XIII. Tit. 2. const. 17. §. 1. mit der Lesart unserer Pandecten verbietet jede Emendation. Man vergleiche noch *Elb.* LEONINUS Emendat. Lib. VII. cap. 1. *Io. Conr.* RÜCKER Observation. Cap. III. §. 6. *Iac.* VOORDA Elector. Cap. 15. und vorzüglich EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 19. not. y.

si omittendae possessionis causa, *et hoc aperte fuerit approbatum:* ad usucapionem possessio eius partibus non procederet. At si custodiae causa deponatur, ad usucapionem eam possessionem victori procedere constat.

3) Der Depositar darf die zur Bewahrung empfangene Sache ohne Wissen und Willen des Deponenten nicht gebrauchen, sonst begeht er ein furtum usus [3]). 4) Er steht in der Regel nur für den Dolus und culpa lata [4]).

§. 939.

Sachen, welche deponirt werden können.

Schon der Name des Niederlegungs- oder Hinterlegungscontracts, so wie die vom **Ulpian** *L.* 1. *pr. D. h. t.* angegebene Etymologie des Worts *depositum*, dictum ex eo, *quod ponitur*, beweisen hinlänglich, daß nur bewegliche Sachen ein Gegenstand dieses Contracts seyn können. Trage ich also Jemandem die Aufsicht über mein Haus während meiner Abwesenheit auf, so ist dieses Geschäft zwar ein Mandatum, aber kein Depositum [5]). Man findet daher auch in den Gesetzen des römischen Rechts nicht ein einziges Beyspiel von dem Depositum einer unbeweglichen Sache. **Huber** [6]), **Struv**

3) §. 6. *I. de obligat. quae ex delicto nasc.*

4) §. 3. *I. Quib. mod. re contrab. obl.* **L. 32. D. h. t.**

5) S. *Car. Gottl.* WEIDLICH Diss. de custodia rei alienae immobilis non depositio, sed mandato. *Lipsiae 1732.*

6) Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 15. §. 12.

Struv [7]), Stryk [8]), Westenberg [9]), Schulting [10]), Wissenbach [11]), Cocceji [12]), Emminghaus [13]), Trendelenburg [14]), und Thibaut [15]) stimmen alle darin überein, daß das Depositum blos auf bewegliche Sachen gehe. Dennoch sind viele Rechtsgelehrten [16]) anderer Meinung. Sie berufen sich auf mehrere Gesetzstellen, woraus sie zu beweisen suchen, daß auch bey unbeweglichen Sachen eine custodia Statt finde. *L.* 11. *D. de peric et commodo rei vendit.* *L.* 38. *pr. D. de damno infecto.* *L.* 3. §. *ult. D. de acquir. vel amitt. poss.* *L.* 1.

7) Evolut. controversiar. h. t. Th. 35. pag. 300.

8) De cautel. Contract. Sect. II. cap. 3. §. 6.

9) Princip. iur. Rom. sec. ord. Pandect. h. t. §. 6.

10) Thes. controv. Decad. LVIII. Th. 2. und in Iurisprud. Antejust. pag. 281. not. 11.

11) Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. XXXI. Th. 11.

12) Iur. civ. controv. h. t. Qu. 3.

13) *Ad Coccejum* c. l. not. d. et e.

14) Exerc. iur. civ. de sequestratione curatius definienda. *Bützovii* 1765. §. 17.

15) Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 891.

16) LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 10. VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 3. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXI. Th. 35. not. d. ZIEGLER Diss. de deposito §. 23. et 24. BERGER Resolut. Legg. obstant h. t. Qu. 2. WALCH Introd. in controv. iur. civ. pag. 526. *Reinh. Frid.* SAHME Diss. de deposito rerum immobilium. *Chilonii 1708.* HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. III. §. 1880. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 779. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 522. u. a. m.

Cod. de repud. vel abstin. heredit. Allein wir können dieses immerhin zugeben, dennoch ist in keinem dieser Gesetze von einem Depositum unbeweglicher Sachen die Rede. Man wird doch wohl die custodia, welche der Verkäufer nach der Natur des Kaufcontracts, ferner welche der Käufer, dem der Verkäufer vor der Hand nur einen prekairen Besitz eingeräumt hat, desgleichen welche der Gläubiger, der durch ein Dekret der Obrigkeit eine missio in possessionem rei servandae causa, vel quia damni infecti non caveatur, erhalten hat, prästiren muß, oder welcher sich ein suus heres, der sich von der väterlichen Erbschaft losgesagt hatte, durch Bewohnung des väterlichen Hauses zu seiner eigenen Sicherheit unterzog, von derjenigen custodia zu unterscheiden wissen, welche in dem Depositum zur Bedingung des Contracs gemacht wird! In allen jenen Fällen treten ja ganz andere rechtliche Verhältnisse ein, und an ein Depositum ist dort auch nicht der entfernteste Gedanke. Auch wenn die Gesetze [17]) von derjenigen Art des Depositums reden, welche sequestrum genennet wird, so gedenken sie immer nur der beweglichen Sachen, oder ist ja von fundis die Rede, so war es nur auf eine Sequestration der Früchte angesehen. Es ist merkwürdig, daß die römischen Rechtsgelehrten anfangs nicht einmal beym Commodatum einig waren,

17) *L. 7. §. 2. D. Qui satisd. cog. L. 21. §. fin. D. de appellat. L. 5. Cod. Quorum appellat. non recipiunt.* S. *Iac.* JACIUS in Recitat. Solemn. in Tit. Cod. de prohib sequestrat. pecun. IDEM ad Lib. 2. *Pauli* ad Edict. ad *L. 6. D. depositi.* et ad Lib. 28. Quaestion. *Papiniani* ad *L. 5. §. 1. D. Ut legator. servandor. causa caveat. Hug.* DONELLUS Commentar. iuris civ. Lib. XXIV. cap. 4.

waren, ob es bey unbeweglichen Sachen Statt finde? Labeo läugnete es. Nun nahm man zwar die Meinung des Cassius in den Gerichten an, commodari posse rem, et quae soli est wie auch Ulpian lehrt *L.* 1. §. 1. *D. Commodati* Wer mag aber deswegen behaupten wollen, daß dieses nun auch beym Depositum eben so seyn müsse? Der Streit ist übrigens gar nicht ohne Interesse. Denn Depositum und Mandatum sind in Absicht auf die Prästation der Culpa sehr unterschieden. Daß auch fungible Sachen, und zwar als solche, deponirt werden können, z. B. Geld in gemeinen Münzsorten, das in einer unversiegelten Summe übergeben worden ist, mit der Verbindlichkeit, nur tantundem auf Verlangen wieder zurückzugeben, ist schon oben bemerkt worden, und Papinian und Alfenus Varus lehren dieses auch deutlich *L.* 24 *et L.* 25. §. 1. *D. h. t. L.* 31. *D locati.* Es darf nur aber die deponirte Sache dem Depositar nicht selbst gehören. Denn sonst ist das ganze Depositum nichtig. *L.* 15. *D. h. t.* Qui *rem suam* depoui apud se patitur, vel utendam rogat, *nec depositi* nec commodati actione tenetur. — *L.* 31. §. 1. *D. eodem.* Si ignorans latro, cuius filio vel servo rem abstulisset, apud patrem dominumve eius deposuit ignorantem; *nec ex iure gentium consistet depositum*, cuius haec est potestas, ut alii non domino sua ipsius res quasi aliena servanda detur. Et si *rem meam* fur, quam me ignorante subripuit, *apud me* etiam nunc delictum eius ignorantem deposuerit; recte dicetur *non contrahi depositum:* quia non est ex fide bona, rem suam dominum praedoni restituere compelli. — *L.* 45. *D. de reg. iuris.* Neque pignus, *neque depositum*, neque precarium, neque emtio, neque locatio *rei suae consistere*

sistere potest. Daß aber die Sache dem Deponenten eigen gehöre, wird nicht erfordert. Sehr häufig werden auch fremde Sachen deponirt. Z. B. der Gläubiger giebt mir das Pfand, welches er von seinem Schuldner erhalten hat, in Verwahrung [18]). Man kann ferner die deponirte Sache wieder einem Andern in Verwahrung geben. Hier brauche ich dem Deponenten nur meine Klage zu cediren [19]). Ja sogar der Dieb und Räuber kann deponiren [20]). Daher sagt nun **Paulus** *Lib. II. Sententiar. receptar. Tit.* 12. §. 1. Deponere possumus apud alium id quod nostri iuris est, vel alieni.

§. 940.

Depositum irregulare.

Der Depositar empfängt also nach der Natur des Hinterlegungscontracts die ihm übergebene Sache blos zur Verwahrung. Der Contract an sich giebt ihm folglich weder ein Eigenthums- noch Gebrauchs- noch Pfandrecht. Eben deswegen, weil der Contract für den Depositar keinen Nutzen hat, derselbe vielmehr aus Freundschaft und Gefälligkeit alle Beschwerde übernimmt, darf er auch nur für den Dolus und ein demselben nahe kommendes grobes Versehen haften [21]). Bleibt es bey diesen Bestimmungen, welche die Natur des Contracts mit sich bringt, so wird der Contract in der Sprache der Rechtsge-

18) *L. 9. Cod. de pigner. act.*

19) *L. 16. D. h. t.*

20) *L. 1. §. 39. L. 31. §. 1. D. h. t.*

21) *L. 5. §. 2. D. Commodati.* Nam quia *nulla utilitas* eius versatur, apud quem deponitur, merito *dolus praestatur solus.*

gelehrten ein *depositum regulare* genennt; werden aber diese Bestimmungen durch Nebenverträge abgeändert, so entsteht daraus in der Sprache der heutigen Rechtslehrer ein *depositum irregulare*, oder wie es die Gesetze bezeichnen, *contractus, qui egreditur notissimos depositi terminos* [22]), oder *contractus, qui depositi modum excedit* [23]). Ob aber ein solches Depositum an sich noch ein wahres Depositum bleibe, folglich die actio depositi begründet sey, oder ob es nicht vielmehr in einen andern Contract übergehe, und also dessen Eigenschaften und Art der Klage erhalte, ist unter den Rechtsgelehrten sehr streitig. **Daniel Nettelbladt** [24]), und **Georg Oelrichs** [25]) behaupten das Erstere. Sie sagen, das pactum adiectum hebe das Wesen des Contracts nicht auf, sondern modificire blos die Natur desselben dergestalt, daß es dadurch Eigenschaften eines andern Contracts erhalten könne, z. B. eines Darlehns, so daß es nun von der Wahl des Deponenten abhänge, ob er sich der actio depositi, oder derjenigen Klage bedienen wolle, welche aus dem accessorischen Contract entspringt. Für das Letztere hingegen streiten **Joh. Lud. Jul. Dedekind** [26]), und **Friedrich Gottl. Zoller** [27]). Allein die meisten

22) *L. 24. D. h. t.*

23) *L. 26. §. 1. D. h. t.*

24) Comm. iurid. de deposito irregulari. *Halae 1750. 4.*

25) Diss. de indole depositi, notissimos terminos suos egredientis. *Göttingae 1777.*

26) Commentat. de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt, qui vero non est depositum, vel in alium contractum degenerat. *Wolfenbüt. et Lipsiae 1753. 4.*

27) Quaestio iuris controv. An detur depositum irregulare? *Lipsiae 1775.*

sten [28]) unterscheiden, und diese gehen auch wohl den sichersten Weg. Das depositum irregulare kann nämlich auf so mancherley Art entstehen, als die naturalia depositi durch Nebenverträge abgeändert werden können.

I) Der Depositar kann sich vertragsweise zu Etwas verbindlich machen, wozu ihn sonst die Natur des Contracts nicht verpflichtet. Er kann sich nicht nur zu einem höhern Grad der Vorsicht verpflichten, sondern auch sogar die Gefahr übernehmen. Daß hierdurch das Wesen des Contracts nicht geändert werde, leuchtet in die Augen. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 1. §. 6. *D. h. t.* Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio. *Contractus enim legem ex conventione accipiunt.*

L. 1. §. 35. *D. eodem.* Saepe evenit, ut res depositа, vel nummi *periculo* sint eius, apud quem deponuntur; ut puta, *si hoc nominatim convenit.*

L. 39. *D. Mandati.* Et *Aristoni* et *Celso* patri placuit, posse rem hac conditione deponi, mandatumque susci-

28) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 1. *Corn. von* BYNKERSHOEK Observat. iuris Rom. Lib. VIII. cap. 5. *Ios.* AVERANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 13. *Ge.* FRANTZKII Comm. ad Pand. h. t. nr. 23—39. *Rud. Christ.* HENNE Diss. de depositо irregulari. *Erfordiae 1763.* *Io. Gottfr.* SAMMET Quaestion. forens. Nr. IV. in *Opuscul. iurid.* pag. 264—266. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. T. III. §. 1885. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. II. §. 522. Thibaut Syst. des Pand. R. 2. B. §. 892. und *Christ. Ger.* OVERBECK Diss. de locatione depositi tam regularis, quam irregularis in concursu creditorum. *Heidelbergae* 1806. §. 20—24.

suscipi, *ut res periculo eius sit, qui depositum* vel mandatum *susceperit.* Quod et mihi (die Stelle ist aus des Neratius Membranen) verum esse videtur.

L. 7. § 15. *D. de pact.* Si quis pactus sit, *ut ex causa depositi omne periculum praestet*: POMPONIUS ait, pactionem valere: nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam.

II. Dem Depositar werden durch Nebenverträge Rechte eingeräumt, die ihm nach der Natur des Contracts nicht zustehen. Dergleichen Rechte können seyn,

1) die Befugniß, sich wegen einer künftigen Schuldforderung an die Sache halten zu können. Hier geht das Geschäft in einen Pfandcontract über, sobald die Forderung zur Wirklichkeit kommt. Der Depositar tritt nun in die Verbindlichkeiten des Pfandgläubigers ein, er kann sich aber auch der Rechte desselben bedienen, besonders auch der Retention, welche sonst, wie unten vorkommen wird, beym Depositum nicht Statt findet [29]) Bis dahin,

29) LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. 176. med. 2. et 3. und SCHAUMBURG Compend. iuris Dig. h. t. §. 2. Man glaubt, von einem solchen Pfandrecht sey in der *L.* 27. *D. h. t.* die Rede, wo es heißt: Lucius Titius, cum haberet filiam in potestate Sejam, Pamphilo servo alieno in matrimonium collocavit: cui etiam dotem dedit, *quam sub titulo depositi in cautionem contulit*, et postea, nulla denunciatione a domino facta, pater decessit; mox et Pamphilus servus. Quaero, qua actione Seja pecuniam petere possit, cum ipsa patri heres extiterit? *Paulus* respondit, quoniam dos constitui non potuit, *ex causa depositi actione de peculio* pecuniam repetendam. Allein hier ist eigentlich von einem Schein-Depositum (depositum simulatum) die

hin, da die Forderung entsteht, bleibt aber das Geschäft ein Depositum.

2) Das Recht, die deponirte Sache zu gebrauchen. Hier sind folgende Fälle zu unterscheiden. a) Die deponirte Sache, deren Gebrauch gestattet wird, ist eine fungible Sache. Dann ist der Gebrauch derselben dem Depositar entweder α) auf dessen Gesuch ausdrücklich verwil-

die Rede. Der Vater, welcher seine Tochter widerrechtlich an einen fremden Sklaven verheyrathet hatte, ließ sich über den gegebenen Brautschatz einen Depositionsschein ausstellen, obgleich das Geld nicht zur Verwahrung, sondern zur Bestreitung der Lasten einer ungültigen Ehe war gegeben worden. Hier wurde nun gefragt, mit welcher Klage die Tochter, welche ihres Vaters Erbin geworden war, nach dem Tode des Sklaven das Heyrathsgut zurückfordern könne? Hier ist der Umstand merkwürdig, der in den Worten: *nulla denunciatione a domino facta*, ausgedruckt wird, nämlich der Herr des fremden Sklaven hatte sich dieser Ehe nicht widersetzt. Denn wäre dieses geschehen, und die Ehe dem Verbot zuwider dennoch geschlossen worden, so hätte jene Frage gar nicht entstehen können. Denn die Seja wäre alsdann vermöge des Claudianischen Senatusconsults Sklavin des Herrn ihres Mannes geworden. S. PAULUS *Lib. II. Sententiar. receptar. Tit. 21. a. §. 1. et 10.* in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 305. sq. und *Iac.* CUJACIUS Observation. Lib. XXI. cap. 16. Weil nun aber doch das Heyrathsgut wegen der Nichtigkeit der Ehe nicht gültig war bestellet worden, so konnten auch die gewöhnlichen Klagen nicht gebraucht werden, daher mußte hier, um das Heyrathsgut zu retten, des Scheindepositums ungeachtet, die actio depositi de peculio gegen den Herrn des verstorbenen Sklaven gebraucht werden. S. POTHIER Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. LXV. not. d. e. et f. pag. 459.

williget worden. Hier geht das Depositum sofort in ein mutuum über, der Depositar mag sich entweder gleich anfangs das Gebrauchsrecht ausbedungen, oder den Deponenten erst nach der Deposition um den Gebrauch des Geldes gebeten haben. Der Depositar muß daher auch von dem Augenblick des ihm gestatteten Gebrauchs an die Gefahr übernehmen, und es findet hier nicht die actio depositi, sondern die condictio certi ex mutuo Statt. Folgende Gesetzstellen lassen hierüber keinen Zweifel übrig.

L. 9. §. 9. *D. de rebus credit.* Deposui apud te decem, postea *permisi tibi uti.* NERVA, PROCULUS, etiam antequam moveantur, condicere, *quasi mutua*, tibi haec posse aiunt. Et est verum, ut et MARCELLO videtur. Animo enim coepit possidere: ergo transit periculum ad eum, *qui mutuum rogavit*, et poterit ei condici.

Ulpian billiget hier die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten, welche behaupten, daß das Eigenthum des deponirten Geldes in dem Augenblick auf den Depositar übergehe, da dieser den Deponenten ersucht hat, ihm dasselbe als ein Darlehn gebrauchen zu lassen, und der Deponent ihm diesen Gebrauch verwilliget hat. Denn da der Depositar schon die körperliche Detention der Sache hatte, so war hier ausser dieser Bestimmung des Willens, zur Erwerbung des Eigenthums, kein weiteres Factum erforderlich [30]). Daß aber in diesem Falle das Depositum

30) §. 44. *I. de rer. divis. L.* 3. §. 3. *D. de acquir. vel amitt. possess. L.* 9. §. 5. *et L.* 21. §. 1. *D. de acquir. rerum. dom.* S. *Guil.* BARCLAIUS ad L. 9. §. ult. D. de reb. cred. in *Thes. Otton.*

tum wirklich in ein Darlehn übergeht, beweißt folgende Gesetzstelle noch deutlicher.

L. 34. *pr. D. Mandati.* Quodsi pecuniam apud te depositam convenerit, ut creditam habeas, *credita fit:* quia tunc nummi, qui mei erant, tui fiunt.

Diese bisher noch gar nicht benutzte Stelle des Afrikans habe ich schon an einem andern Orte [31]) in ihrem Zusammenhange ausführlicher erklärt. Oder β) der Depositar hat nicht den Deponenten angesprochen, sondern Letzterer hat es dem erstern entweder gleich anfangs bey der Hinterlegung, oder nachher freiwillig angeboten, das Geld, wenn es ihm gefalle, gebrauchen zu dürfen. Hier wird erst durch den wirklichen Gebrauch das Eigenthum auf den Depositar übertragen, und der Contract in ein Darlehn verwandelt; bis dahin bleibt es ein wahres Depositum. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 10. *D. de reb. credit.* Quod si ab initio, cum deponerem, *uti tibi, si voles, permisero*, creditam non esse, *antequam mota sit:* quoniam debitu iri non est certum.

L. 1. §. 34. *D. h. t.* Si pecunia apud te ab initio hac lege deposita sit, *ut, si voluisses, utereris*, priusquam utaris, *depositi* teneberis.

Dieser Fall ist von dem vorigen ganz verschieden. Denn da hier der Deponent den Gebrauch des Geldes selbst angeboten hat, so kann der Wille des Depositars nur durch

Otton. Tom. III. pag. 847. von Savigny Recht des Besitzes. §. 19.

31) S. den 12. Th. dieses Commentars §. 779. S. 12. ff.

durch den wirklichen Gebrauch des Geldes erklärt werden. So lange folglich dieser Gebrauch noch nicht gemacht worden ist, geht das Depositum nicht in ein Darlehn über. Endlich γ) es ist die fungible Sache, als eine solche, und also das Geld entweder unter der ausdrücklichen Bedingung, daß nicht eadem nummorum corpora, sondern nur tantundem zurückgezahlt werden solle, oder unversiegelt in gemeinen Münzsorten deponirt worden. Man nennt dieses ein *depositum irregulare* im eigentlichen Sinn. Hier bleibt das Geschäft ein depositum, und geht nicht in ein Darlehn über. Daher können hier auch Zinsen bedungen, und Zinsen des Verzugs gefordert werden. Denn die Klage ist hier die actio depositi. Zwar wird durch den Vertrag, daß nur eine gleiche Summe (tantundem) wieder zurückgegeben werden solle, stillschweigend auch der Gebrauch des Geldes auf den Depositar übertragen, allein da hier, nach der Natur fungibler Sachen, eben so viel von derselben Gattung und Güte das Nämliche ist, so wird hier wirklich idem depositum restituirt, wenn eadem quantitas zurückgezahlt wird, weil hier das Geld nicht als ein corpus, sondern nur als eine quantitas war deponirt worden. Die Gesetze bestätigen dieses auch ganz deutlich.

L. 24. *D. h. t.* Lucius Titius Sempronio salutem. *Centum numos, quos hac die commendasti mihi, adnumerante servo* Sticho *actore, esse apud me, ut notum haberes, hac epistola, manu mea scripta, tibi notum facio; quae, quando voles, et ubi voles, confestim tibi numerabo.* Quaeritur propter usurarum incrementum? Respondi, depositi actionem locum habere: quid est enim aliud com-

commendare, quam deponere? Quod ita verum eſt, ſi id actum eſt, ut corpora nummorum eadem redderentur. Nam ſi, *ut tantundem ſolveretur*, convenit, *et reditur ea res depoſiti notiſſimos terminos.* In qua quaeſtione, *ſi depoſiti actio non teneat*, cum convenit, tantundem, non idem reddi, rationem uſurarum haberi, non facile dicendum eſt. Et eſt quidem conſtitutum, in bonae fidei iudiciis, quod ad uſuras attinet, ut tantundem poſſit officium arbitri, quantum ſtipulatio: ſed contra bonam fidem et depoſiti naturam eſt, uſuras ab eo deſiderare temporis ante moram, qui beneficium in ſuscipienda pecunia dedit: *ſi tamen ab initio de uſuris praeſtandis convenit, lex contractus ſervabitur.*

So verwickelt auch dieſe Stelle wegen des dem **Papinian** eigenen gedrängten und conciſen Styls iſt, ſo ſehr ſie daher auch von den Auslegern [32]), ſelbſt von den Griechen, mißverſtanden worden iſt, wie ich nachher zeigen werde; ſo enthält ſie dennoch, nach einer richtigen Erklärung, den bündigſten Beweis für den hier aufgeſtellten Satz, daß das Depoſitum fungibler Sachen, wobey gleich anfangs abgeredet worden iſt, daß nur tantündem reſtituirt werden ſolle, nicht in ein Darlehn übergehe, ſondern ein wahres, wenn gleich irregulaires, Depoſitum ſey, wovon mit der actio depoſiti auch Zinſen, und zwar nicht nur des Verzugs, ſondern auch gleich anfangs bedungene gefordert werden können. Der vom Lucius Titius ausgeſtellte Depoſitionsſchein, welcher zu

der

32) Man vergleiche nur z. B. *Franc.* HOTOMANI Obſervation. Lib. IV. cap. 1. (*Baſiliae 1775.*) 8. und DEDEKIND cit. Commentat. Cap. 3. §. 37. pag. 60. ſqq.

der in dieser Stelle enthaltenen Rechtserörterung Veranlassung gab, spricht zwar nur das Bekenntniß des Ausstellers aus, eine gewisse Summe, welche ihm zur Aufbewahrung für den Sempronius von desselben Sklaven sey dargezählet worden, empfangen zu haben, mit der Verpflichtung solche, sobald es Sempronius verlangen wird, sofort zurückzuzahlen. Ob also dabey die Abrede getroffen worden, daß tantundem mit Zinsen zurückgezahlt werden solle, ist daraus nicht zu ersehen. Da aber dennoch die Hauptfrage wegen der Zinsen war, so glaubt **Gerhard Noodt** [33]) nicht ohne Grund, daß der Depositionsschein des Lucius Titius vielleicht nicht ganz vollständig dargestellt worden sey, und daher am Schluß desselben nach *confestim tibi numerabo*, wenigstens die Worte *cum usuris* noch beygefügt werden müßten. Die Frage also, welche **Papinian** hier erörtert, war die, ob das Geld nebst den Zinsen mit der actio depositi zurückgefordert werden könne? **Papinian** entscheidet diese Frage geradezu bejahend. Die Worte: *Respondi, depositi actionem locum habere*, sind so bestimmt, daß es mir unbegreiflich ist, wie **Cujaz** [34]) habe sagen können: *Papinianus* non definit aperte in hac *L.* 24. utrum sit actio depositi ex hac conventione, an non, quod tamen multum interest scire. **Papinian** sagt es also ganz bestimmt, die actio depositi habe Statt. Dies ist nun zwar, fährt **Papinian** weiter fort, in dem Falle nicht

33) De pactis et transaction. Cap. 19. §. *Haec: si quae* etc. *Oper.* Tom. I. pag. 540.

34) Commentar. in libros Quaestion. Papiniani Libr. IX. ad h. L. *Operum* Tom. I. pag. 218. (edit. *Car. Ann.* FABROTI. *Paris 1658.* fol.)

nicht dem mindesten Zweifel unterworfen, wenn, wie es der Natur des Hinterlegungscontracts gemäß ist, wäre ausgemacht worden, daß eadem nummorum corpora zurückgegeben werden sollen, und dann von Zinsen die Frage entstünde, es sey nun entweder ein Verzug des Depositars, oder ein anderer rechtlicher Grund vorhanden, aus welchem auch ohne Vertrag Zinsen gefordert werden können, z. B. Verwendung des Geldes zum eigenen Nutzen. Denn die actio depositi ist eine actio bonae fidei, und es ist längst durch die Verordnungen der Kaiser [35]) entschieden, daß bey dem bonae fidei Klagen das richterliche Amt in Rücksicht der Zinsen soviel vermag, als ein feierliches Versprechen durch Stipulation. Allein größerem Zweifel schien dem großen **Papinian** die Frage unterworffen zu seyn, worauf es in dem ihm zur Entscheidung vorgelegten Falle eigentlich ankam, nämlich ob auch dann die *actio depositi* vorzüglich in Rücksicht der Zinsen begründet sey, wenn ausgemacht worden, daß nicht *eadem nummorum corpora*, sondern *tantundem* zurückgegeben werden solle? Denn offenbar weicht dieser Vertrag ganz von der Natur des Depositums ab. Das Eigenthum der zur Verwahrung gegebenen Münzen wird hier auf den Empfänger übertragen, wie beym Darlehn, und die Verbindlichkeit in Absicht auf die Restitution ist auch

35) *Ger.* NOODT de faenore et usuris Lib. III. cap. 6. schreibt dieses vorzüglich einer Constitution des Divus Pius zu, wie auch aus *L. 7. D. de negot. gest.* verglichen mit *L. 6. §. ult. eodem*, desgleichen aus *L. 37. D. de usur.* und *L. 32. §. 2. eodem* mit vieler Wahrscheinlichkeit erhellet. Ihm stimmt auch *Ios.* FINESTRES in Hermogeniano Lib. II. ad L. 19. D. de periculo et comm. rei vend. §. 8. pag. 468. bey.

auch hier die nämliche, wie in dem Darlehn. Das Geschäft scheint also dadurch in ein mutuum überzugehen. Allein kann der Contract nicht mehr als ein Depositum betrachtet werden, so kann auch von Zinsen gar keine Frage weiter seyn, weil im Darlehn weder Verzug des Schuldners, noch ein blos simpler Vertrag eine Zinsenforderung begründen kann, sondern nur ein feierliches Versprechen durch Stipulation. Dieses scheint mir nach der Erklärung des **Pothier** [36]) der wahre Sinn der Worte zu seyn: *In qua quaestione, si depositi actio non teneat, cum convenit, tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi, non facile dicendum est.* Es ist daher ganz falsch, wenn die Basiliken [37]) diese Worte so interpretiren: Εἰ δὲ μὴ τὰ αὐτά, ἀλλὰ τοσαῦτα συνεφωνήθη δοῦναι, οὐκ ἐναίγομαι τῇ περὶ παρακαθήκης ἀγωγῇ. i. e. *Si vero convenerit, tantundem, non idem reddi, depositi actione non teneor.* Schon der griechische Scholiast [38]) konnte diesen Irrthum nicht unbemerkt lassen, und fügte daher hinzu: πλὴν ὑποκάτω γνώσεις, ὡς ἀμφόξει ἐπὶ τούτου ἡ δεποσίτου. i. e. *verum postea disces, quemadmodum hoc quoque casu competat actio depositi.* Der Scholiast sahe also richtiger ein, daß auch in diesem zweyten Falle, nach **Papinians** Meinung, die actio depositi allerdings Statt habe. Denn **Papinian** wollte eigentlich nur soviel sagen: wenn gleich freylich das Geschäft auf die Art, wie es unter den Contrahenten abgeschlossen worden ist, von der gewöhnlichen Form des Depositi

36) Pandect. Iustinian. Tom. I. h. t. Nr. XLIX. not. e. pag. 457.

37) Tom. II. Lib. XIII. Tit. 2. Const. 24. pag. 99.

38) Tom. II. *Basilicor.* pag. 124. not. f.

positums abweicht, so sey es doch noch ein Depositum, wobey die Frage von Zinsen gar nicht vergeblich sey. Denn a) war dieses einmal die Absicht der Contrahenten, ein Depositum zu schließen. Zwar ist in dem Depositionsschein der Ausdruck *commendasti* gebraucht; allein das Wort *commendare*, sagt **Papinian**, bedeutet ja nichts anders, als deponere. b) Kann auch der gedachte Vertrag selbst in der Form, wie er geschlossen worden ist, als ein Depositum wohl bestehen, weil es ja dem Deponenten gleichviel seyn kann, ob er eben dieselben Münzen, die er zur Verwahrung gegeben hat, oder andere, die eben so viel gelten, wieder zurück erhält, genug wenn ihm eine gleiche Summe zurückgezahlt wird. Dieses sind die Gründe, aus welchen **Papinian** auch hier die actio depositi für begründet hält. Nur ein Zweifel stieg dem römischen Juristen hierbey noch auf, den er zuletzt zu heben sucht, nämlich der, es scheine doch gegen die Billigkeit (bona fides) und auch selbst gegen die Natur des Depositums zu streiten, Zinsen von dem zu fordern, der sich keines Verzugs schuldig gemacht hat, vielmehr durch Uebernahme des Geldes zur Verwahrung dem Andern eine Wohlthat erzeigt. Allein wären die Zinsen gleich anfangs durch Stipulation versprochen worden, so würde über deren Rechtmäßigkeit gar keine Frage entstehen [39]). Bey einem bonae fidei Contract hat nun aber das pactum adiectum gleiche Kraft. Es begründet also so gut, wie die Stipulation, eine Verbindlichkeit zur Bezahlung der bedungenen Zinsen [40]). Daher sagt **Papinian**, *lex contractus servabitur.*

39) *L. 40. D. de reb. credit.*

40) S. *Ger.* NOODT de foenore et usuris. Lib. III. cap. 5.

bitur. Hierin liegt ein neuer Beweis, daß die actio depositi hier die einzige competente Klage sey. Denn das pactum adiectum macht gleichsam einen Theil des Contracts aus, und modificirt die daraus entstehende Contractsklage [41]). Sollte indessen, dem allen ungeachtet, noch irgend ein Zweifel, wie doch kaum zu glauben ist, übrig bleiben, so wird diesen folgende Gesetzstelle von Grund aus heben.

L. 25. §. 1. *D. b. t.* Qui pecuniam apud se non obsignatam, *ut tantundem redderet*, depositam, ad usus proprios convertit, *post moram in usuras quoque* IUDICIO DEPOSITI *condemnandus* est.

So klar und entscheidend aber diese Stelle ist, und so wenig sie daher einer weitern Erläuterung bedarf; so sehr bestritten ist folgende wegen der darin enthaltenen scheinbaren Inconsequenz.

L. 26. §. 1. *D. eodem.* Lucius Titius ita cavit: Ελαβον, καὶ ἔχω εἰς λόγον παρακαταθήκης etc. i. e. *Suscepi, habeoque apud me titulo depositi* [42]) *suprascripta denarium argenti decem millia: meque ad praescriptum omnia praestaturum et promitto, et profiteor: conventione scilicet inita, ut quoad omne argentum reddatur, in singulos menses, singulasque libras, usurarum nomine, quaternos tibi*

41) *L. 7. §. 5. D. de pactis.* Pacta conventa insunt bonae fidei iudiciis, et formant ipsam actionem. S. den 4. Th. dieses Commentars §. 311. S. 259. Not. 84.

42) Richtiger: *et relata habeo in rationes depositi.* S. *Hier.* GROSLOTII Commentar. ad L. Lecta 40 D. de reb. cred. in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. V. pag. 35.

obolos subministrem. Quaero, an usurae peti possunt? PAULUS respondit, eum contractum, de quo quaeritur, *depositae pecuniae modum excedere*: et ideo secundum conventionem *usurae quoque* ACTIONE DEPOSITI *peti possunt.*

Daß hier ebenfalls davon die Rede sey, wenn ausgemacht worden, daß nur tantundem pecuniae zurückgezahlt werden solle, wird zwar ausdrücklich nicht gesagt, erhellet aber daraus, weil Zinsen bedungen worden sind. Allein wem fällt hier der Schluß nicht auf, den **Paulus** macht: der Contract, von dem hier die Rede ist, wodurch sich nämlich der Depositar verbindlich gemacht hatte, von dem ihm zur Verwahrung gegebenen Gelde so lange, bis es ganz wieder zurückgezahlt seyn würde, auf jeden Monat etwas Gewisses [43]) an Zinsen zu bezahlen, überschreitet die Gränzen des Depositums, also können dem Vertrage gemäß Zinsen gefordert werden? Kein Wunder, wenn man diese Stelle für corrupt gehalten, und durch eine Emendation der Ungereimtheit abzuhelfen gesucht hat. Die Gloße glaubt, alle Schwierigkeit sey gehoben, wenn man nach den Worten **modum excedere**, hinzufügt: *est tamen depositum.* **Horomann** [44]) hingegen schaltet bey den Worten **modum excedere** das *non* ein. **Dedekind** [45]), der

43) In dem Gesetz heißt es ἑκάστε μηνὸς ὀβόλες τέσσαρας. Diese quaterni oboli in singulas minas bezeichnen usuram bessalem, acht von hundert Denarien. S. GROSLOTII Comm. cit. ad L. Lecta Tom. V. *Thes. Otton.* pag. 43. und POTHIER Pand. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XLIX. not. h.

44) Observation. Lib. IV. cap. 1. pag. 10.

45) Commentat. cit. §. 37. pag. 65.

der kein depositum irregulare annimmt, liefet seiner Theorie zu Folge: *usurae quoque actione depositi peti non possunt.* Allein durch Einrückung des *non* würde diese Stelle mit den beyden vorhergehenden in den offenbarsten Widerspruch gerathen. Die Basiliken [46]) haben auch diese Negation nicht. Sollte ja eine Emendation nöthig seyn, so wäre die, welche **Overbeck** [47]) vorschlägt, nämlich statt *et ideo* etc. vielmehr so zu lesen: *at vero secundum conventionem usuras quoque actione depositi peti posse.* Man sieht indessen aus dem ganzen Zusammenhange der Worte deutlich genug, daß der Sinn derselben dahin gehet, wenn gleich der Contract, von dem hier die Rede ist, von der Regel abweicht, so bleibe derselbe dennoch ein Depositum, und es können daher, der Verabredung gemäß, die versprochenen Zinsen mit der actio depositi gefordert werden, so wie auch **Anton Faber** [48]) dieses Gesetz versteht. Es bleibt also immer für uns eine wichtige Beweisstelle. Alles dieses bestätiget endlich noch eine Stelle des **Alfenus Varus.**

L. 31. *D. Locati.* — Respondit, rerum locatarum duo genera esse, ut aut *idem redderetur*, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur; aut *eiusdem generis*

46) Tom. II. pag. 99. Καὶ τόκον ἐκ συμφώνου ἀπαιτεῖ ἡ περὶ παρκαθήκης ἀγωγή. *Ex conventione usurae quoque actione depositi petuntur.*

47) Diss. cit. de collocatione depositi tam regul. quam irregularis in conc. creditor. §. 23. pag. 44.

48) Rational. in Pand. ad h. L. 26. §. 1. D. h. t. Man sehe auch AVRANIUS Interpretat. iuris Lib. IV. cap. 12. nr. 13. und POTHIER Pand. Iustin. h. t. Nr. XLIX. not. k.

ris redderetur, veluti cum argentum pusulatum fabro daretur, ut vasa fierent, aut aurum, ut annuli: ex superiore causa *rem domini manere*; ex posteriore, *in creditum iri.* Idem iuris esse in *deposito*: nam si quis pecuniam numeratam ita deposuisset, *ut neque clusam*[49]), *neque obsignatam traderet*, *sed adnumeraret*, nihil aliud eum debere, apud quem deposita esset, nisi *tantundem* pecuniae solveret[50]).

Alfenus stellt hier eine Vergleichung zwischen einem Miethcontract, vermöge welchen Jemandem fungible Sachen vom Eigenthümer zu dem Zweck übergeben worden sind, um sie an einen bestimmten Ort zu bringen, und einem Depositum fungibler Sachen an. Er sagt, jener Contract könne auf zweierley Art geschlossen werden, entweder a) so, daß die zum Transport übergebenen Sachen an dem bestimmten Orte in Natur abgeliefert werden sollen. Dies ist der gewöhnliche Fall. Denn der Miethcontract pflegt nicht das Eigenthum zu ändern, wie **Ulpian**[51]) sagt. So ist es auch z. B. wenn Jemand einen Fullo[52]) dingt, um ihm seine Kleider zu waschen, und wieder her-

zu-

49) Clusa für *clausa* ist bey den Alten nichts Ungewöhnliches.

50) Robert Stephan und Blaublomm lesen statt solveret besser *solvere*. Unser Erlanger Pandecten Mscpt lieset aber vielleicht noch richtiger: *niß* UT *tantundem pecuniae solveret*. Eben so Haloander.

51) *L. 39. D. Locati.*

52) Wer hier unter *fullo* zu verstehen sey, habe ich schon an einem andern Ort gezeigt. S. den 13. Th. dieses Commentars §. 836. Not. 44. S. 201.

zurichten [53]). Denn hier wird der Locator nicht Eigenthümer, sondern er muß eben dasselbe, was er empfieng, zurückliefern. Oder der Contract wird b) auf die Art geschlossen, daß die gegebene Sache nicht in Natur, sondern nur in eodem genere, d. i. nur eben so viel von gleicher Art und Güte restituirt werden soll. Diese Art des Contracts weicht von der Regel ab, und hat zwar darin eine Aehnlichkeit mit dem Darlehn, daß der locator operarum ein bloßer Gläubiger der Quantität bleibt, von den ihm übergebenen Sachen aber Eigenthümer wird. Dies heißt hier *in creditum iri.* Daß aber ein solcher unregelmässiger Miethcontract in ein Darlehn übergehe, sagt Ulpianus nicht, vielmehr das Gegentheil, nämlich es bleibe ein Miethcontract. Denn er lehrt ja ausdrücklich: *rerum locatarum* duo genera esse. Der Locator erhält auch hier den bedungenen Lohn. Die Worte *in creditum iri* sollen also nichts anders bedeuten, als daß hier der Locator nur tantündem restituirt [54]). Man sieht dies auch noch deutlicher, aus den vom **Ulpian** angeführten Beyspielen, nämlich wenn Jemand einem Goldschmidt reines geschmolzenes Silber [55]), um silberne Gefäße, oder Gold giebt, um

53) *Vestimenta curare* ist soviel, als polire, lavare. *L. 13. §. 6. D. locati. L. 12. pr. L. 82. D. de furt. L. 2. D. de condict. sine causa.*

54 S. NETTELBLADT Commentat. de depositio irregulari. §. 37. S. 33. ff.

55) *Argentum pusulatum*, oder wie andere lesen wollen: *pustulatum*, oder *postulatum*, welches alles gleichviel bedeutet, heißt nichts anders, als reines, geschmolzenes Silber. S. *Iac.* CUJACIUS Observat. Lib. VII. cap. 39. *Ev.* OTTO in Praefat. ad Tom. III. Thes. iuris Rom. pag. 56. §. Sequuntur.

um Ringe, für den Besteller zu verfertigen. Das Eigenthum der zur Verarbeitung gegebenen Materie geht hier auf den Locator über, weil es dem Besteller gleich viel gelten kann, ob der Goldschmidt die bestellten Sachen aus der ihm dazu gegebenen Materie, oder aus seiner eigenen verfertiget. Daß bey dem Miethcontract der Dienste auch das Eigenthum der Materie auf den Locator übergehen könne, lehrt ausserdem auch **Javolen** [56]) nicht undeutlich. Gerade so sey es nun auch, fährt **Alfenus** fort, beym Depositum fungibler Sachen. Denn wenn eine Summe Geld dergestallt in Verwahrung gegeben wird, daß das Geld weder verschloßen, noch versiegelt, sondern blos in gemeinen Münzsorten dargezählt worden ist, so darf der Depositar nur tantundem pecuniae zurückzahlen. **Alfenus** nimmt also nach der Analogie von Miethcontract auch zwey Arten des Depositums an, ein regulaires und irregulaires. In jenem bleibt der Deponent Eigenthümer, und die Sache muß ihm in Natur restituirt werden. In diesem wird zwar das Eigenthum der körperlichen Sache auf den Depositar übertragen, es geht aber doch nicht in ein Darlehn über, sondern es bleibt ein Depositum, wenn gleich der Depositar das Geld gebrauchen darf. Daß also auch die actio depositi begründet sey, leidet keinen Zweifel [57]). Von einer blos stillschweigenden Bewilligung des Gebrauchs einer deponirten Geld-Summe ist vielleicht auch **Paulus** zu verstehn, wenn

56) *L. 55. D. de obligat. et actionib.* Man vergleiche überhaupt *Corn. van* BYNKERSHOEK Observation. Iuris Rom. Lib. VIII. cap. 4.

57) BYNKERSHOECK c. l. cap. 5.

wenn er *L.* 29. §. 1. *D. h. t.* ſagt: Si *ex permiſſu meo* depoſita pecunia is, penes quem depoſita eſt, utatur, *ut in caeteris bonae fidei iudiciis*, uſuras eius nomine praeſtare mihi cogitur, wie auch **Georg Frantzke** [58]) glaubt; wenn man nicht lieber annehmen will, **Paulus** ſey anderer Meinung geweſen, als **Ulpian**, wie **Bynkershök** [59]), und **Overbeck** [60]) dafür halten, welches mir aber darum nicht glaublich ſcheint, weil **Paulus** in ſeinen *Sententiis Receptis Lib. II. Tit.* 12. §. 9. [61]) ganz der Meinung **Ulpians** gemäß, lehrt: *Si pecuniam depoſuero, eamque in uſum* [62]) *tibi commiſero, mutuum magis videtur, quam depoſitum.*

b) Iſt die deponirte Sache, deren Gebrauch dem Depoſitar geſtattet worden, eine nicht fungible Sache, ſo geht ein ſolches Depoſitum immer in einen andern Contract über. Denn iſt α) der geſtattete Gebrauch beſtimmt, ſo wird der Contract entweder in ein commodatum, oder in einen Miethcontract, oder in einen unbenannten Contract verwandelt, je nachdem der Gebrauch entweder unentgeldlich, oder gegen ein beſtimmtes Geldquantum, oder gegen eine andere Vergeltung bewilliget wird

58) Commentar. in Pand. h. t. nr. 28.

59) Obſervat. iur. Rom. Lib. VIII. cap. 5. pag. 301.

60) Diſſ. de collocat. depoſiti in concurſu creditor. §. 22. pag. 41.

61) In *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Anteiuſt. pag. 281.

62) So iſt unſtreitig mit Pithou zu leſen, wegen des nachfolgenden *mutuum*. Andere leſen auch *utendam*.

wird[63]). Ist hingegen β) ein unbestimmter Gebrauch gestattet, welcher nach Gefallen widerrufen werden kann, so nähert sich der Contract dem Prekarium[64]). In Absicht auf den Terminus a quo ist hier ebenfalls zu unterscheiden, ob der Depositar um den Gebrauch selbst bat, oder ob ihm derselbe von dem Deponenten freiwillig angeboten wurde. Im ersten Falle geht die Verwandlung gleich in dem Augenblick vor sich, da die Verwilligung von Seiten des Deponenten erfolgte. In dem letztern Falle aber erst von der Zeit an, da mit dem Gebrauche der Anfang gemacht worden ist; bis dahin bleibt es ein wahres Depositum[65]).

Uebrigens ist in Betreff des depositi irregularis noch das Princip zu bemerken, daß dasselbe immer nur insoweit von der gemeinen Natur des Depositums abweicht, als die Gesetze oder die Uebereinkunft der Contrahenten dasselbe beschränkt, und abgeändert haben, im Uebrigen sind die gemeinen Vorschriften auch bey diesem Depositum zu beobachten, naturalia enim in omnibus negotiis semper debent praesumi[66]).

§. 941.

63) *L. 1. §. 9. D. h. t. L. 76. pr. D. de furtis.* S. DEDEKIND Commentat. de contractu, quem irregulare depositum perhibuerunt. Cap. 4. et 6.

64) Anderer Meinung ist zwar DEDEKIND cit. Commentat. Cap. 5. §. 67. weil das Prekarium sich mit dem Wesen des Depositums in soweit wohl vertrage, daß es auch zu aller Zeit revocirt werden kann. Allein man sehe OVERBECK Diss. de collocat depositi §. 21. Not. 4. pag. 37.

65) S. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 9. not. 1.

66) S. OVERBECK Diss. cit. §. 23. in fin. pag. 45. und Thibaut System des P. R. 2. B. §. 892.

§. 941. und 942.

Welchen Grad der Kulpa prästirt der Depositar? Wer trägt die Unglücksfälle?

Bleibt es bey der Regel, daß der Depositar keinen Nutzen, sondern alle Beschwerlichkeit aus dem Contract hat, so ist er, wie bereits oben bemerkt wurde, nur wegen eines Dolus, oder einer diesem gleichzuachtenden groben Nachlässigkeit verantwortlich. Dahingegen steht der Deponent für das geringste Versehen, wenn durch seine Schuld der Depositar Schaden leidet. **Paulus** sagt in seinen *Sententiis receptis* Lib. II. Tit. 12. §. 6. Ob res depositas *dolus* tantum praestari solet; und **Ulpian** führt *L.* 5. § 2. *D. Commodati* den Grund an: Nam quia nulla utilitas eius versatur, apud quem deponitur, merito *dolus praestatur solus.* Daß grobes Versehen, in Absicht auf Schadensersatz, dem bösen Vorsatz gleich zu achten sey, ist bekannt. **Ulpian** sagt dieses selbst an mehreren Orten [67]). Der Depositar darf also nicht für culpa levis haften. *Culpae* autem nomine, id est, desidiae ac negligentiae, non tenetur. So sagt **Justinian** §. 3. *I Quib. mod. re contrah. oblig.* [68]). Eben deswegen, weil der Deponent allen Nutzen hat, fordern die Gesetze nur von ihm den möglichsten Fleiß. *L.* 61. §. 5. *D. de furtis.* Der Depositar hingegen haftet auch in Hinsicht des Untergangs oder des Abhandenkommens der

67) *L.* 1. §. 1. *D. Si mensor. falsi. mod. L.* 29. *pr. D. Mandati.* Der culpa lata wird ausdrücklich gedacht *L.* 1. *Cod. h. t.*

68) *Ian. a* COSTA Commentar. ad §. 3. I. Quib. mod. re contrah. obligat.

der Sache, nur für culpa lata [69]). Denn er präſtirt, wie §. 17. *I. de oblig. quae ex delicto naſc.* lehrt, keine cuſtodia. Daher ſagt Cajus *L.* 1. §. 5. *D. de obligat. et action.* Is quoque, apud quem rem aliquem deponimus, re nobis tenetur: qui et ipſe de ea re, quam acceperit, reſtituenda tenetur. *Sed is etiam ſi negligenter rem cuſtoditam amiſerit, ſecurus eſt:* quia enim non ſua gratia accipit, ſed eius, a quo accipit, in eo ſolo tenetur, ſi quid dolo perierit. *Negligentiae* vero nomine ideo non tenetur, *quia, qui negligenti amico rem cuſtodiendam committit, de ſe queri debet.* Magnam tamen negligentiam placuit in doli crimen cadere. Es entſtehen hier noch zwey Fragen. 1) Wenn Jemand einem Freunde Sachen in Verwahrung giebt, der bekanntlich in ſeinen eigenen Sachen nicht mit derjenigen Vorſichtigkeit zu handeln pflegt, welche man gewöhnlich von jedem vorſichtigen Menſchen erwartet, der auf den Namen eines paterfamilias idoneus Anſpruch machen will, in wieferne iſt ein ſolcher Depoſitar für ſeine Nachläſſigkeit verantwortlich? Es kommt bey der Entſcheidung dieſer Frage darauf an, ob der Schade durch deſſelben gewöhnliche Nachläſſigkeit geſchehen iſt, oder dadurch, daß er auf die Verwahrung der bey ihm hinterlegten fremden Sachen noch geringere Sorgfalt verwendet hat, als er der Behandlung ſeiner eigenen Sachen zu widmen pflegt. In dem erſten Falle ſteht er für keinen Schaden. Denn wer einem bekanntlich nachläßigen Menſchen Sachen in Verwahrung giebt, hat ſich den Schaden, den er dadurch leidet, ſelbſt zuzuſchreiben, wie Cajus in der vorher angeführten Stelle

69) S. Schömans Lehre vom Schadenserſatz 1. B. S. 197.

Stelle ganz richtig urtheilt. Es darf nur aber die Nachlässigkeit in keine so grobe Schuld ausarten, die an den Dolus gränzt. In dem letzten Falle hingegen kann man ihm von einem bösen Vorsatz nicht freysprechen. Denn wer schon in seinen eigenen Sachen nachlässig verfährt, aber dennoch fremde Sachen noch nachlässiger, als die seinigen, behandelt, vermag den Vorwurf, daß er unredlich gehandelt habe, nicht von sich abzulehnen. Dies ist wohl unstreitig der richtige Sinn der so sehr bestrittenen Stelle des **Celsus** *L.* 32. *D. h. t.* wo er sagt: Quod NERVA diceret, *latiorem culpam* [70]) dolum esse, PROCULO displicebat; mihi verissimum videtur. Nam etsi quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est [71]), nisi tamen *ad suum modum* curam in deposito praestat, fraude non caret; *nec enim salva fide mi-*

70) Unter *latior culpa* wird hier eine gröbere Nachläßigkeit verstanden, als man sonst in seinen eigenen Geschäften zu begehen pflegt. Denn die Frage, worüber Nerva und Proculus stritten, war eigentlich die, ob derjenige, welcher nur für culpa lata haften darf, dieselbe durch Unterlassung desjenigen Fleißes begehe, den er sonst in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt? Celsus bejaht sie nach der Meinung des Nerva in dem Falle, da Jemand schon in seinen eigenen Sachen nur den geringsten Grad des Fleißes anzuwenden pflegt. S. *Christ. Wilh.* WEHRN Doctrina iuris explicatrix principior. damni praest. Cap. IV. §. 8. not. 7. pag. 74.

71) *Diligentia ad eum modum, quem hominum natura desiderat,* ist nichts anders, als der gemeine Fleiß, den jeder ordentliche und vernünftige Mensch in seinen eigenen Sachen anzuwenden pflegt. S. *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LIX. Th. 8.

minorem iis, quam ſuis rebus, diligentiam praeſtabit [72]). 2) Wenn der Depoſitar in ſeiner Art ein ſehr fleiſſiger und vorſichtiger Menſch iſt, der Schade, der an der deponirten Sache geſchehen iſt, aber durch eine ſolche Nachläſſigkeit verurſacht worden, die zwar keine culpa lata in abſtracto iſt, aber doch durch die ihm ſonſt in ſeinen Geſchäften eigene Vorſichtigkeit hätte vermieden werden können, iſt der Depoſitar dafür verantwortlich, und kann ihm das in ſeiner Art als eine culpa lata, ja wohl gar als ein dolus zugerechnet werden? Viele Rechtsgelehrten tragen kein Bedenken, dieſe Frage zu bejahen, und glauben, den Grund dazu in der vorhin angeführten Stelle des **Celſus** zu finden. Sie ſtellen daher den Grundſatz auf: Jeder, von welchem ſonſt nur eine geringe diligentia in abſtracto gefordert wird, ſey dennoch ſtets diligentiam in concreto zu leiſten ſchuldig, auch wenn er in ſeinen eigenen Sachen den größten Fleiß anzuwenden pflegt [73]). Nach dieſem Princip wäre denn alſo eine culpa leviſſima in abſtracto immer eine culpa lata in concreto! Ob ein ſolches Princip dem **Celſus**, oder je einem andern römiſchen Juriſten in den Sinn gekommen ſey, wage ich nicht zu behaupten. Vergleichen wir aber

72) Vergleiche über dieſe Stelle vorzüglich *Io. Caſp.* GENSLER Exercitation. iuris civ. ad doctrinam de culpa. Faſcic. I. *Ienae 1813. 8.* Exercitat. VIII. §. 3. Man ſehe auch Höpfners Commentar über die Inſtitutionen §. 784. Not. 1.

73) *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXVI. Err. 2. Egid von Löhr Theorie der Kulpa §. 7. *Io. Barth.* MAYER Diſſ. de culpa eiusque ſpeciebus et gradibus, praeſ. *Iul. Frid.* MALBLANC def. *Tubingae 1807.* §. 5. und Thibaut Syſt. des Pand. Rechts 1. B. §. 254.

aber sämmtliche Stellen, welche von der diligentia in concreto reden, so ist offenbar die Meinung der Gesetze, denjenigen, von welchem sie bey der Behandlung fremder Sachen nur eine diligentia domestica fordern, dadurch zu begünstigen [74]). Denn sie gehen von dem Erfahrungssatz aus, daß man in seinen eigenen Sachen nicht immer mit der Vorsicht und Aufmerksamkeit, welche sonst einem fleissigen Hausvater eigen ist, zu handeln pflegt. Daher unterscheiden sie genau die diligentia, qualem quis *suis rebus* adhibere solet, von der *diligentia exacta* oder *exactissima*, qualem *diligens*, vel *diligentissimus paterfamilias* praestat, und betrachten jenen Fleiß immer, als einen geringern Grad, im Verhältniß zur diligentia in abstracto. Was kann nun wohl jener Absicht der Gesetze mehr widerstreiten, als einen Menschen, der nach seiner Gewohnheit vorsichtiger in seinem Hauswesen zu handeln pflegt, als man sonst von ihm erwartet, wegen des geringsten Versehens, dessen er sich bey der Behandlung einer ihm anvertrauten fremden Sache schuldig gemacht hat, nun deswegen gleich eines Dolus oder einer culpa lata zu bezüchtigen? Wird dadurch nicht jenes privilegium favorabile offenbar in ein privilegium odiosum verwandelt? Wie stimmt nun damit überein, was **Modestin** sagt *L.* 25. *D. de Legibus.* Nulla iuris ratio, aut aequitatis benignitas patitur, ut

74) Man vergleiche nur §. 9. *I. de societate. L.* 72. *D. pro socio. L.* 25. §. 16. *D. famil. erciſc. L.* 11. *in fin. Cod. de pactis conventis.* §. 1. *I. de obligat. quae quaſi ex contr. naſc. L.* 22. §. 3. *D. ad SCtum Trebell. L.* 3. *D. de periculo et commodo rei venditae.*

ut quae ſalubriter pro utilitate hominum introducuntur, ea nos duriore interpretatione contra ipſorum commodum producamus ad ſeveritatem? Wäre es denn nicht viel beſſer, für einen nachläſſigen Menſchen zu gelten, als durch den Ruf eines guten Haushalters ſeine Lage zu verſchlimmern? Ueberdem ſagt auch die *L.* 32. *D. h. t.* kein Wort davon. Es iſt ja hier nicht von einem ſolchen Depoſitar die Rede, welcher in ſeinen eigenen Sachen wie ein diligens paterfamilias verfährt, nein, gerade von dem Gegentheile, von einem ſolchen nachläßigen Menſchen, der auf jenen Namen keinen Anſpruch machen kann. **Anton Faber**[75]) will zwar freylich das Geſetz von dem erſten Falle verſtehen, und daher das NON vor *ad eum modum* wegſtreichen. Allein wer berechtiget ihn, auf eine ſo willkührliche Emendation ſein Syſtem zu gründen? Schon **Robert**[76]) hat daher die Meinung des **Fabers** mit Recht verworffen. Verwendet nun aber der ohnehin nachläſſige Depoſitar auf die Verwahrung der bey ihm hinterlegten Sache noch geringere Sorgfalt, als auf die ſeinige; wer kann ihn hier von einer Culpa freyſprechen, die dem Dolus gleichkommt? Paßt nun dieß wohl auf einen ſonſt vorſichtigen Menſchen, wenn er durch ein ganz geringes Verſehen einem Andern ſchadet[77])? Soll hier alles culpa lata heißen, was ſonſt culpa levis oder nur leviſſima iſt, gute Nacht alsdann guter **Ulpian** mit deiner ganzen in der *L.* 5. *D. Commodati* ſo müh-

75) De Errorib. Pragmat. Dec. 76. Err. 2.

76) Receptar. Lection. Lib. II. cap. 7.

77) Mit mir ſtimmen überein WEHRN Doctr. iuris explicatrix principior. damni praeſtandi. §. 34. und GENSLER cit. Commentat. Exercit. VIII. §. 3.

mühsam aufgestellten Theorie der Culpa! Es bleibt also Regel, daß nur grobe Nachläßigkeit den Depositar verantwortlich macht. Jedoch finden zuweilen Ausnahmen Statt, wo der Depositar auch für ein ganz geringes Versehen stehen muß. Dahin gehört nicht nur, wenn er sich durch Vertrag dazu verbindlich gemacht hat, sondern auch wenn er sich zu der Aufbewahrung der fremden Sache aufdrang, er mag nun hierdurch entweder einen Bessern verdrängt haben, oder nicht [78]).

L. 1. §. 35. *D. depositi.* Sed et si se quis deposito obtulit, idem *Iulianus* scribit, periculo se depositi illigasse: ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

Zuweilen muß der Depositar auch sogar für den zufälligen Schaden haften [79]). Dahin gehört a) wenn er die

78) *Ant.* SCHULTING Thes. controv. Dec. LIX. Th. 9. und THIBAUT System. des P. R. 1. B. §. 254. Mehrere Rechtsgelehrten wollen zwar behaupten, daß der Depositar, welcher sich angeboten hat, nur für culpa levis stehe. S. MÜLLER ad *Struvium* Exerc. XXI. Th. 37. not. *i*. FRANTZKIUS Comm. ad Dig. h. t. nr. 95. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand h. t. §. 31. Allein diese Behauptung wird durch *L.* 1. §. 35. *D. h. t.* hinreichend widerlegt. Man vergleiche noch *Guil.* PROUSTEAU ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XI. §. 12. (in MEERMANI *Thes.* Tom. III. pag. 501.) und *Ulr.* HUBERI Praelect. ad Institut. Lib. III. Tit. 15. §. 14.

79) *Matth. Ben.* HERING Diss. de casu fortuito a depositario praestando. *Rostochii 1736.*

die Unglücksfälle durch Vertrag übernommen [80]). b) Wenn er sich bey der Restitution eines Verzugs schuldig gemacht hat, und die Sache nicht auf die nämliche Art bey dem Deponenten zu Grunde gegangen seyn würde, wenn sie ihm sofort auf sein Verlangen wäre zurückgegeben worden [81]). c) Wenn der Depositar durch contractswidrigen Gebrauch der Sache ein furtum usus begieng, und die Sache bey dieser Gelegenheit zu Grunde gegangen ist [82]). d) Wenn der Depositar die ihm anvertraute Sache arglistig veräusserte, nachher aber wieder einlößte, in der Absicht, sie ferner als ein Depositum zu verwahren. Hier haftet er zur Strafe wegen seiner einmal begangenen Treulosig-

80) *L. 7. §. 15. D. de pactis.*

81) *L. 12. §. ult. L. 14. §. 1. D. h. t. Cap. 2. X. de deposito.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 7. und PROUSTEAU ad L. 23. D. de Reg. iur. Cap. XI. §. 12. und Cap. XXVII. §. 24. sqq. Nach der *L. 12. §. ult. D. h. t.* soll zwar der Depositar erst dann für den Zufall haften, wenn die hinterlegte Sache erst nach der Litiscontestation zu Grunde geht. Es ist aber zu bemerken, daß dieses Gesetz den Fall voraussetzt, da der Verzug des Depositars erst mit der Litiscontestation seinen Anfang nahm. Dieß geschieht alsdann, wenn der Hinterleger den Depositar, ohne ihn vorher aussergerichtlich zu mahnen, sogleich vor dem Richter belangte, und seine Sache zurückforderte. S. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 716. Tit. XII. not. 3. und *Io. Andr.* FROMMANN Diss. de amissione rerum fortuita. *Tübingae 1673.* §. 25.

82) *L. 29. pr. D. depositi. §. 6. I. de obligat. quae ex delicto. L. 3. Cod. h. t. L. 2. Cod. de condict. furt.* HOMMEL Rhapsod. quaest. for. Vol. II. Obs. 268.

losigkeit, wenn die Sache nachher zufällig verlohren geht [83]). e) Wenn die Hinterlegung blos zum Vortheil des Depositars als ein auf einen gewissen Fall bedungenes Darlehn geschahe. Z. B. Titius will ein Grundstück kaufen, und bittet mich deshalb um ein Geldanlehn, will aber das Geld nicht eher haben, als wenn der Kauf wirklich zu Stande gekommen seyn wird. Ich muß nun eine nothwendige Reise machen, und deponire daher eine Summe Geld blos in der Absicht bey Titius, daß wenn er das Grundstück noch kauft, solches damit bezahlen könne. Hier steht der Depositar für die Gefahr, wenn das Geld auch noch vor dem Kaufe verlohren gienge. Dieß ist der Fall, den **Ulpian** *L.* 4. *pr. D. de rebus credit.* hat. Si quis nec causam, nec propositum foenerandi habuerit, et tu emturus praedia, desideraveris mutuam pecuniam, nec volueris creditae nomine, antequam emisses, suscipere, atque ita creditor, quia necessitatem forte proficiscendi habebat, deposuerit apud te hanc eandem pecuniam, *ut, si emisses, crediti nomine obligatus esses,* hoc depositum periculo est eius, qui suscepit. Nam et qui rem vendendam acceperit, *ut pretio uteretur,* periculo suo rem habebit. Mehrere Rechtsgelehrten [84]) wollen zwar diese Stelle so verstehen, daß der Depositar

83) *L. 1. §. 25. D. h. t.* Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti, *in causam depositi,* etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi: *quia semel dolo fecisti, cum venderes.* VOET Comm. h. t. §. 7.

84) S. *Andr.* FACHINAEUS Controvers. iuris Lib. II. cap. 71. *Io.* VOET Comment. ad Pand. h. t. §. 7. und besonders die Glossatoren Azo und Accursius.

nur für culpa leviſſima hafte. Allein wenn gleich nicht zu läugnen iſt, daß das Wort *periculum* in dieſer Bedeutung öfters genommen wird, wie unter andern auch aus der oben angeführten *L.* 1. § 35. *D. depoſiti* erhellet [85]); ſo beweißt doch der vom **Ulpian** angeführte Entſcheidungsgrund: nam et qui rem vendendam acceperit, *ut pretio uteretur*, periculo ſuo rem habebit, daß unter dem Wort *periculum* hier, ſo wie es auch ſonſt gewöhnlich genommen wird, die Unglücksfälle verſtanden werden [86]). Folgende Stelle **Ulpians** läßt hierüber gar keinen Zweifel übrig. *L.* 11. *pr. D. de reb. credit.* Rogaſti me, ut tibi pecuniam crederem, ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel maſſam auri, ut eam venderes, et nummis uteretis: ſi vendideris, puto mutuam pecuniam factam. Quod ſi lancem, vel maſſam ſine tua culpa perdideris prius, quam venderes, *utrum mihi, an tibi perierit*, quaeſtionis eſt? mihi videtur, NERVAE diſtinctio veriſſima, exiſtimantis, multum intereſſe,

85) Mehrere Stellen, wo die Bedeutung des Worts *periculum* die Grenzen der culpa leviſſima nicht überſchreitet, hat *Guil.* PROUSTEAU in Recitat. ad L. 23. D. de regul. iuris. Cap. IX. §. 6. (in MEERMANI *Theſ.* Tom. III. pag. 497.)

86) So verſtehen die *L. 4. D. de reb. cred.* auch *Guil.* BARCLAIUS ad Tit. Pand. de reb. cred. (in *Theſ. Ottonian.* Tom. III. pag. 826.) *Guil.* PROUSTEAU Recitat. ad L. 23. D. de reg. iur. Cap. IX. §. 4. *Io. D'*AVEZAN Contractuum Lib. I. cap. 27. (in *Theſ. Meermaniano.* Tom. IV. pag. 57.) *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſ. Decad. LIX. Th. 9. und *Dan.* NETTELBLADT Commentat. de depoſito irregulari. Sect. I. Cap. IV. Membr. III. §. 53. pag. 63. ſq. Man ſehe auch *Scholia Baſilicor.* ad Lib. XXIII. Tit. 1. Tom. III. pag. 241.

ſe, venalem habui hanc lancem, vel maſſam, nec ne: ut, ſi venalem habui, mihi perierit; quemadmodum ſi alii dediſſem vendendam: quod ſi non fui propoſito hoc, ut venderem, *ſed haec cauſa fuit vendendi, ut tu utereris, tibi eam periſſe.* Auſſer dieſen Fällen darf der Depoſitar bey dem depoſito regulari für den Zufall nicht ſtehen, ſofern er ihn nicht durch eine zu vertretende Fahrläßigkeit ſelbſt verſchuldet hat [87]).

Hat der Depoſitar bey einer ſich ereignenden Gefahr nur ſeine eigenen Sachen gerettet, die deponirten aber umkommen laſſen, ſo entſteht zwar gegen ihn der Verdacht, er habe auch die letzteren erhalten können. Allein da ihm kein Geſetz die Verbindlichkeit auflegt, die deponirten Sachen ſchlechterdings den ſeinigen vorzuziehen, ſo kommt es blos darauf an, ob ihm bey der unterlaſſenen Rettung der deponirten Sachen eine grobe Nachläßigkeit zur Laſt gelegt werden kann, oder nicht. Kann er beweiſen, daß es ihm mit dem Grade des Fleiſſes, den die Natur des Contracts von ihm fordert, nicht möglich war, neben den ſeinigen auch die deponirten Sachen zu erhalten, ſo iſt er frey-

87) *L. 1. Cod. Hermogen. de depoſito.* Eum, qui ſuſcepit depoſitum, dolum, non etiam caſum praeſtare, certi iuris eſt. Cum itaque proponas, ignis vi quaedam cremata de his, quae tibi fuere commendata, nec ullum dolum in ſubtrahendis rebus adhibitum, Rector provinciae nihil contra iuris rationem fieri patietur. Dieſe Verordnung der Kr. Diocletian und Maximian iſt durch die *Collatio Legg. Moſaicar. et Romanar.* Tit. 10. in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejuſt. pag. 769. erhalten worden. In dem Juſt. Codex ſteht ſie nicht. Allein eine noch ältere Verordnung vom Kr Alexander *L. 1. C. h. t.* Si incurſu latronum vel alio fortuito caſu ornamenta depoſita

freyzusprechen [88]). Viele [89]) sind zwar anderer Meinung, und stellen den Grundsatz auf: Kann ein Contrahent entweder nur seine eigene Sachen, oder die, worauf er Fleiß zu wenden hat, gegen Beschädigung sichern, so muß er die fremden Sachen vorziehen. Andere [90]) hingegen wollen einen Unterschied gemacht wissen, ob die deponirten Sachen von grösserem Werthe waren, als die geretteten eigenen Sachen des Depositars, oder nicht. Nur in dem ersten Falle hafte der Depositar für den Schaden, in dem letztern aber nicht. Allein mit den Gesetzen stimmt weder die eine noch die andere Meinung überein. Die *L.* 5. §. 4. *D. Commodati* redet bloß vom Leihcontract, bey welchem der besondere Grund eintritt, daß der Commodatar zur größten Sorgfalt in der Obhut über die Sache verpflichtet ist [91]). Dieß ist der Grund, warum er auch beym Retten seine Sachen nicht vorziehen darf. Wie paßt

posita apud interfectum perierint: detrimentum ad heredem eius, qui depositum accepit, qui dolum solum et latam culpam, (si non aliud specialiter convenit) praestare debuit, non pertinet.

88) S. *Christ. Wilh.* WEHRN Doctr. iuris explicatr. principior. damni praestandi Cap. IV. §. 13. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 12. not. q.

89) *Io.* VOET Comment. ad Pand. Lib. XIII. Tit. 6. §. 4. *Christ.* THOMASIUS in Diss. de usu pract. doctr. difficillimae Iur. Rom. de culpae praestatione in contract. Cap. I. §. 41. Thibaut Syst. des P. R. 1. B. §. 254. nr. V.

90) *Io.* BRUNNEMANN Commentar. ad Pand. ad L. 32. h. t. nr. 9. de COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 12.

91) *L. 1. §. 4. D. de obligat. et act.* Is, qui utendum accepit, — *exactissimam diligentiam custodiendae rei* praestare compellitur.

paßt aber dieser Grund auf den Depositar [92])? Das *cap.* 2. *X. de deposito* hingegen sagt nur: Bona fides abesse praesumitur, si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisisti, woraus also nichts weiter folgt, als daß dem Depositar der Beweiß obliegt, es sey bey dem Grade des Fleißes, der nach der Natur des Contracts von ihm gefordert werden konnte, eine Rettung des Depositums neben seinen eigenen Sachen nicht möglich gewesen. Praesumtio enim probationem contrarii admittit [93]), wie Leyser [94]) hierbey ganz richtig bemerkt. Daß aber der Depositar nach der Natur des Contracts, eben so wie der Commodatar, verpflichtet sey, die fremden Sachen seinen eigenen vorzuziehen, läßt sich daraus nicht folgern [95]).

Ist das Depositum ein irregulaires, welches in einen andern Contract übergeht, so ist zu unterscheiden, ob durch den verstatteten Gebrauch der Sache, zugleich das Eigenthum derselben auf den Depositar übertragen worden ist, oder nicht. Im ersten Falle kann von einer praestatio doli aut culpae gar keine Frage entstehen, sondern der Depositar trägt hier als Eigenthümer den Unglücksfall. In dem letztern Falle hingegen richtet sich der Grad der zu vertretenden Culpa nach der Natur des Geschäfts,

in

92) Ich sehe jetzt ein, daß ich oben im 13. Th. §. 855. S. 441. in meiner Behauptung zu weit gieng.

93) *Cap. ult. in fin. X. de praesumt.*

94) Meditat. ad Pand. Vol. III. Specim. CLXXVI. medit. 7.

95) S. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III. cap. IV. Membr. I. Subs. II. §. 3.

in welches das Depositum durch den verwilligten Gebrauch der Sache verwandelt worden ist [96]).

Ist die Sache durch den Dolus oder durch eine culpa lata des Depositars zu Grunde gegangen oder verderbt worden, so muß der Depositar nicht nur das ganze Interesse leisten, sondern es kann auch der Hinterleger den Schaden eidlich taxiren [97]).

Zuweilen muß auch der Depositar dem Hinterleger die Zinsen vergüten, nämlich wenn das Depositum in Gelde besteht, und der Depositar sich bey der Restitution desselben eines Verzugs schuldig gemacht [98]), oder das Geld, ohne Einwilligung des Deponenten, in seinen Nutzen verwendet hat [99]). Ausser diesen Fällen können keine Zinsen von deponirten Geldern gefordert werden, wenn solche nicht bey

96) S. NETTELBLADT Commentat. de depositio irregulari. Sect. I. Cap. IV. Membr. III. §. 52. sqq.

97) *L. 1. §. 26. D. h. t.* In depositi quoque actione in litem iuratur. WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. IV. Obs. 151. nr. 303. et 359.

98) *L. 25. §. 1. D. h. t. L. 2. Cod. eodem.* S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 10.

99) *L. 3. Cod. h. t.* Si depositi experiaris, non immerito etiam usuras tibi restitui flagitabis: cum tibi debeat gratulari, quod furti eum actione non facias obnoxium. Si quidem, qui rem depositam invito domino sciens prudensque in usus suos converterit, etiam furti delicto succedit. Von diesem Falle ist auch *L. 4. Cod. eod.* zu verstehen. Si deposita pecunia is, qui eam suscepit, usus est, non dubium est, etiam usuras debere praestare. S. *Hug.* DONELLUS in Comment. ad L. 3. et 4. Cod. h. t. pag. 253. sq. und VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 6.

bey einem irregulairen Depositum ausdrücklich bedungen worden sind [100]). Daß schon die Verwilligung des Gebrauchs an sich eine stillschweigende Verpflichtung zur Zinsenzahlung enthalte, wie einige [1]) behaupten wollen, ist unerweislich [2]).

§. 943.

Wie muß die Restitution der deponirten Sache geschehen? In wiefern muß der Depositar für die in einer hinterlegten Kiste eingeschlossenen Sachen stehen?

Der Depositar ist verbunden, das, was er zur Verwahrung erhielt, in Natur zurückzugeben [3]). Nur bey dem irregulairen Depositum einer Quantität leidet diese Regel eine Ausnahme. Hier braucht das Depositum nur in Sachen von gleicher Art und Güte restituirt zu werden [4]). Ist seit der Zeit eine Münzveränderung entstanden,

100) *L. 24. in fin. L. 26. §. 1. D. h. t. L. 28. D. eodem.*

1) Man sehe *Casp. Achat.* BECK Diss. de usuris ex deposito praestandis. *Ienae 1722.* §. 14. et 15. Allein seine Gründe sind nicht überzeugend. NETTELBLADT in Commentat. de deposito irregulari §. 48. pag. 49 sqq. hat sie ausführlich widerlegt. Man sehe auch EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 10. not. p. und WALCH Introduct. in Controv. iuris civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. II. Subs. II. §. 6.

2) Das Gegentheil beweißt *L. 24. D. h. t.* wo Papinian sagt: Sed contra bonam fidem et depositi naturam est, usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit: si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.

3) *L. 1. §. 5. D. de obligat. et action.*

4) S. NETTELBLADT Commentat. de deposito irregulari. §. 56. et 57.

den, so kommen die oben beym Darlehn [5]) vorgetragenen Grundsätze zur Anwendung [6]). Ward eine mit Sachen angefüllte Kiste verschlossen und versiegelt in Verwahrung gegeben, so versteht sich's, daß nicht nur die Kiste selbst, sondern auch die darin enthaltenen Sachen, und zwar ohne Unterschied, ob der Depositar gewußt hat, was für Sachen in der Kiste befindlich sind, oder nicht, zurückgefordert werden können. **Trebatius** war zwar der Meinung, die Sachen müßten dem Depositar gezeigt, und von dem Hinterleger in seiner Gegenwart in die Kiste eingeschlossen worden seyn, wenn auf deren Restitution mit der actio depositi solle geklagt werden können. Allein **Labeo** verwarf diese Meinung mit Recht aus dem Grunde, weil derjenige, welcher eine Kiste deponirt, hiermit auch die darin enthaltenen Sachen hinterlegt habe. Ihm trat auch **Ulpian** bey, wie aus folgender Gesetzstelle erhellet.

L. 1. §. 41. *D. h.* t. Si cista signata deposita sit, utrum cista tantum petatur, an et species comprehendendae sint? Et ait TREBATIUS, cistam repetendam, non singularum rerum depositi agendum: quod et si res ostensae sunt, et sic depositа, adiiciendae sunt et species vestis [7]). LABEO autem ait, eum, qui cistam deponit, singulas quoque res videri deponere: ergo et de rebus agere eum oportet. Quid ergo, si ignoraverit is, qui depositum suscipiebat, res ibi esse? Non

5) S. den 12. Th. §. 783.

6) NETTELBLADT c. l. §. 58.

7) Unser Cod. Pand. MS. lieset hier so: *quod et si res ostensae sint. et species et vestes, et sic depositae: adjiciendae sunt et species et vestes.* Fast eben so Haloander.

Non multum facere, cum suscepit depositum. Ego et rerum depositi agi posse existimo, quamvis signata cista deposita sit. Wenn nun aber die Frage entsteht, in wie fern der Depositar für die in der hinterlegten Kiste eingeschlossenen Sachen stehen müsse, so entscheidet hierüber die angeführte Stelle ausdrücklich nichts. Es muß daher diese Frage aus allgemeinen Gründen entschieden werden. Behauptet nämlich der Hinterleger, es fehlten Sachen, welche in der verschlossenen Kiste befindlich gewesen seyn sollen, so muß er vor allen Dingen ihre Existenz beweisen, wofern der Hinterleger nicht dem Depositar die Sachen bey dem Einschließen in die Kiste vorgezeigt hätte. Da nun der Depositar wegen der hinterlegten Sachen nur insofern verantwortlich ist, als ihm ein Betrug oder eine grobe Nachlässigkeit zur Last fällt, so kommt es darauf an, ob der Hinterleger das Eine oder das Andere zu erweisen im Stande ist. Qui enim dolo dicit factum aliquid, sagt Ulpian *L.* 18. §. 1. *D. de probat.* docere dolum admissum debet; und hierzu werden dringende Anzeigen erfordert [8]). Nach der gemeinen in der Praxis herrschend gewordenen Meinung glaubt man nun zwar, wenn der Depositar die ihm verschlossen übergebene Kiste erbrochen zurückgiebt, so entspringet daraus ein solcher Verdacht wider ihn, daß dem Hinterleger gestattet werden müsse, den Beweis, daß ihm Sachen fehlen, durch seinen Eid zu führen [9]). Allein in den Gesetzen ist diese Ver-

8) *L. 6. Cod. de dolo malo.*

9) MEVIUS P. IX. Decis. 55. VOET Comment. ad Pand. Lib. IV. Tit. 9. §. 8. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 13. MENOCHIUS Arbitr. iudic. Quaest. Centur. III. Cas. 208. nr. 26.

BER-

Vermuthung nicht gegründet, welche vielmehr jeden so lange für redlich angesehen wissen wollen, bis das Gegentheil erwiesen ist. Das Erbrechen einer verschlossenen Kiste zeugt nun zwar von einer gewaltsamen Verletzung, begründet aber doch noch keine dringende Vermuthung, daß gerade der Depositar Urheber derselben sey [10]). Wollte man ja jener Meinung Statt geben, so würde es doch immer erst darauf ankommen, wie der Depositar den gegen ihn entstandenen Verdacht von sich abzulehnen vermöchte; und ist derselbe sonst ein bekannter redlicher Mann, von dem kein Meineid zu befürchten ist, so würde doch wohl dieser eher zum Reinigungseide, als der Hinterleger, ohne allen weiteren Beweis, zum Ergänzungseide zu lassen seyn [11]).

§. 944.

Der Depositar darf sich der Restitution unter keinerley Ausflucht entziehen.

Die Zurückgabe der deponirten Sache muß endlich auch zu jeder Zeit geschehen, sobald es der Hinterleger verlangt, und darf unter keinerley Vorwand abgelehnt werden, wenn sich der Depositar keines bösen Vorsatzes schuldig machen will. Es muß nur aber die unverzügliche Restitution dem Depositar möglich seyn. Denn es finden auch hier rechtmäßige Entschuldigungsgründe Statt. Folgende Stelle **Ulpians** ist hier merkwürdig.

L. 1.

BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 13. not. 1. Thibaut Syst. des P. R. 2. B. §. 892.

10) S. *de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 5. EMMINGHAUS ad *Eundem.* not. h. und Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht 1. B. §. 55. S. 99. ff.

11) S. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 5.

L. 1. §. 22. *D. h. t.* Eſt autem et apud IULIANUM *libro XIII. Digeſtorum* ſcriptum, eum, qui rem depoſuit, ſtatim poſſe depoſiti actione agere: *hoc enim ipso dolo facere eum, qui ſuscepit, quod repoſcenti rem non reddat.* MARCELLUS autem ait, non ſemper videri poſſe dolo facere eum, qui repoſcenti non reddat. *Quid enim, ſi in provincia res ſit; vel in horreis, quorum aperiendorum condemnationis tempore non ſit facultas? vel conditio depoſitionis non extitit?*

Wo alſo dem Depoſitar kein böſer Vorſatz zur Laſt fällt, da iſt er entſchuldiget, wenn er auch die Sache nicht ſofort zurückgiebt. **Marcellus** rechnet unter andern den Fall hierher, wenn die Bedingung der Hinterlegung noch nicht eingetreten iſt. Gewöhnlich verſteht man hierunter den Fall einer Sequeſtration [12]). Allein zu dieſer einſchränkenden Erklärung iſt kein hinreichender Grund vorhanden. Es laſſen ſich mehrere Fälle gedenken, wo die Hinterlegung bedingt geſchieht, und die Bedingung für den Deponenten verbindlich iſt. Einen ſolchen Fall hat **Ulpian** in der bereits oben vorgekommenen *L.* 4. *pr. D. de reb. credit* [13]). Bey dem depoſito irregulari finden noch mehrere Ausnahmen Statt. Iſt nämlich a) eine fungible Sache unter der ausdrücklichen oder

12) BACHOVIUS ad *Treutlerum* Vol. I. Diſput. XXVI. Th. I. Lit. G. HAHN ad *Weſenbecium* h. t. nr. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. *de* COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 6. und POTHIER Pandect. Iuſtin. Tom. I. h. t. nr. XVII. not. a.

13) S. NETTELBLADT Comm. de depoſito irregulari. §. 61. pag. 76.

oder stillschweigenden Verabredung deponirt, daß nur tantundem restituirt werden solle, so kann dem Depositar, wenn er das Geld, wie ihm hier erlaubt ist, verbraucht hat, nicht zugemuthet werden, dasselbe, sobald es dem Hinterleger gefällt, auf der Stelle zurückzuzahlen, sondern es muß ihm hier, nach billigem Ermessen des Richters, wenigstens so viel Zeit gelassen werden, als erforderlich ist, um das Geld wieder aufzubringen [14]). Quod enim dicimus, sagt **Paulus** *L.* 105. *D. de Solut.* — debere *statim* solvere, *cum aliquo scilicet temperamento temporis* intelligendum est: nec enim cum sacco adire debet. b) Wenn die deponirte Sache eine nicht fungible ist, und dem Depositar ein bestimmter Gebrauch derselben ist verstattet worden [15]). Ausser diesen Fällen bleibt es bey der Regel, welche Justinian *L.* 11. *Cod. h. t.* nochmals einschärft: Si quis vel pecunias vel res quasdem per depositionis acceperit titulum, *eas volenti ei, qui deposuit, reddere illico modis omnibus compellatur.* Diese Regel findet Statt, wenn auch bey der Hinterlegung eine Zeit der Zurückforderung wäre bestimmt worden [16]). Denn im Zweifel wird angenommen, daß diese Zeitbestimmung blos zum Vortheil des Hinterlegers beygefügt sey, damit der Depositar die Sache nicht etwa zur Unzeit zurückgebe [17]).

Da

14) NETTELBLADT cit. Commentat. §. 60.

15) STRYK de cautel contract. Sect. II. cap. 3. §. 11. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 17. NETTELBLADT c. l. §. 61. pag. 77. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ controv. h. t. Qu. 6. not. k.

16) *L. 1. §. 45. et 46. D. h. t.*

17) VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. *Sam. de* COCCEJI ius civ. controv. h. t. Qu. 6. und WALCH Introduct. in controv. iur.

Da sich der Depositar der Restitution der Sache unter keinerley Vorwand entziehen darf, so kann a) dem Hinterleger, wenn er das Depositum zurückfordert, die Einrede der Compensation nicht entgegengesetzt werden. Dies versteht sich nun zwar wohl von selbst, wenn die deponirte Sache eine species, und diese noch in Natur vorhanden ist; aber auch dann findet keine Compensation Statt, wenn auf die Vergütung des Werths derselben geklagt wird, oder die Hinterlegung einer fungiblen Sache gleich Anfangs unter der ausdrücklichen oder stillschweigenden Verabredung geschahe, daß nur tantundem restituirt werden solle. Denn die Gesetze machen keinen Unterschied [18]), wie schon an einem andern Orte [1]) bemerkt worden ist. Ein anders wäre, wenn das Depositum ein irregulaires ist, welches in einen andern Contract übergeht, bey dem eine Compensation Statt findet, wie z. B. wenn das Depositum durch Verstattung des Gebrauchs der Sache in ein Darlehn oder Commodatum verwandelt worden ist [20]). Denn hierdurch erlöschen auch die Vorrechte des Depositums [21]). Dem Hinterleger kann ferner b) die Einrede nicht entgegengesetzt werden, daß ein Dritter dem Depositar die Restitution der Sache verboten ha-

be

iur. civ. Sect. III. Cap. IV. Membr. I. Subs. II. §. 4. pag. 529.

18) §. 30. I. *de Actionib.* *L. ult. Cod. de compensat.* *L. 11. Cod. Depositi.*

19) Man sehe den Tit. de compensationib. §. 930. S. 75. und *Nic. Christph.* LYNCKER Disp. de privileg. depositi Th. 17. et 18.

20) S. den 13. Th. des Commentars §. 857. S. 465.

21) S. NETTELBLADT Comm. de deposito irregulari §. 65.

be[22]). Nach der *L.* 11. §. *ult. Cod. h. t.* konnte zwar der Depositar zu seiner Deckung gegen die weiteren Ansprüche des Dritten von dem Deponenten eine dazu hinreichende Cautionsleistung fordern, und, wie **Doneau**[23]) behauptet, die Sache wenigstens so lange, bis diese geleistet worden, zurückbehalten. Es heißt nämlich daselbst: Quod si in scriptis attestatio non per dolum vel fraudem fuerit ei, qui depositum suscepit, ab alio transmissa, *ut minime depositum restituat*; hocque per iusiurandum affirmaverit: liceat ei, qui deposuit, *sub defensionis cautela idonea praestita*, res depositas quam ocyssime recuperare. Allein **Justinian** hat dergleichen Einsprüche oder Denunciationen, wodurch die Rückgabe des Depositums gehindert wird, nicht nur gänzlich verboten, sondern auch sogar Strafen damit verknüpft, welche denjenigen treffen sollen, welcher sich dennoch, diesem Gesetz zuwider, eine dergleichen inhibitorische Protestation erlauben würde. Die Worte der hierher gehörigen Novelle 88. Kap. 1. lauten nach der Hombergkischen Uebersetzung folgendermassen: Si quis ab aliquo pecuniam, vel alias quasdem res *depositi nomine* sub quibusdam conditionibus accipiat, illaeque impleantur, omnino illi necesse sit, conditionibus semel impletis, pecuniam vel res restituere, *neque ulla plane ratione quibusdam liceat denunciationibus extrinsecus uti, et depositi restitutionem inhibere*, cui multa etiam alia privilegia tum ab ante-

22) Man vergleiche hier vorzüglich **Lyncker** Disp. de privilegiis depositi Th. 33—37.

23) *Hug.* **Donellus** in Commentar. ad L. 11. §. ult. Cod. h. t. nr. 11. et 12.

anterioribus legislatoribus, tum etiam a nobis ipſis data ſunt. Licet enim illi, qui reſtitutionem prohibet, non moleſtare eum, cui depoſitum creditum eſt, illum vero, qui pecuniam aut res, de quibus lis eſt, accepturus eſt, convenire, et ius ſuum ſecundum legem conſequi: non autem ex hac cauſa magna damna ei inferat, cui denunciatum eſt, cogatque eum vel defenſiones petere, vel res habere, et ut erga deponentem, neque ſi velit, gratus eſſe poſſit. Si vero tale quid nihilominus fecerit (neque enim ſola delictorum prohibitione contentum eſſe, ſed et iuſtum timorem transgreſſoribus incutere oportet) ſive res aut pecunias perire, ſive alium quemlibet caſum fortuitum exiſtere contigerit, idque probaverit, hoc ad ipſum, qui denunciationem miſit, pertineat, et praeterea is, a quo iſta denunciatio facta eſt, uſuram pecuniae usque ad tertiam centeſimae illi praeſtet, qui ſua accipere prohibitus eſt: non ſolum ſi pecunia depoſita eſt, eaque reddi prohibeatur, ſed etiam ſi aliae res depoſitae ſint: ut homines huius metu a vanis ſimul, et invidioſis ingratisque detentionibus abſtineant. Nach dieſer neuern Verordnung iſt es alſo keinem Gläubiger des Deponenten mehr erlaubt, dem Depoſitar die Rückgabe des Depoſitums zu verbieten; er darf auch den Depoſitar nicht nöthigen, von dem Hinterleger eine Cautionsleiſtung wegen der Vertretung zu fordern; ſondern der Depoſitar ſoll, ohne ſich an die Proteſtation, oder das Verbot des Dritten zu kehren, die bey ihm hinterlegte Sache dem Deponenten ſofort reſtituiren, und der Dritte mit ſeiner Forderung lediglich an den Hinterleger verwieſen werden. Wird dennoch, dem Geſetz zuwider,

von einem Dritten, einer vermeintlichen Forderung wegen, ein Verbot eingelegt, so soll derselbe nicht nur die Gefahr tragen, wenn durch diese Verzögerung die deponirte Sache Schaden leidet, oder gar verlohren gehen sollte, sondern auch zur weitern Entschädigung des Hinterlegers vier von hundert an Zinsen bezahlen. **Cujaz**[24]), **Giphan**[25]), **Perez**[26]), **Rittershausen**[27]) und andere wollen zwar behaupten, daß durch diese Novelle die *L.* 11. §. *ult. Cod. h. t.* nicht schlechterdings aufgehoben sey, sondern nur Strafen wären bestimmt worden. Allein die klaren Worte des Gesetzes widerlegen diese Meinung hinlänglich[28]). Es ist jedoch zu bemerken, daß die Novelle 88. blos von solchen Denunciationen oder Inhibitionen redet, welche von einer persona extranea geschehen, die an der deponirten Sache selbst keinen Anspruch hat, sondern nur sonst Gläubiger des Deponenten zu seyn behauptet[29]). Denn wenn der Eigenthümer seine Sache vindicirt, so kann er dem Depositar allerdings verbieten, die Sache dem

24) Expositi. Novellar. ad Nov. 88.

25) Explanat. difficilior. Legg. Cod. Iustin. ad L. 11. Cod. h. t. P. I. pag. 291.

26) Praelect. in Cod. Lib. IV. Tit. 34. nr. 14. et 15.

27) Iure Iustinian. P. III. Cap. 1. nr. 10. pag. 142.

28) S. *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ. Lib. VII. cap. 4. pag. 475. b. *Pet.* GUDELINUS Commentarior. de iure noviſſimo Lib. III. cap. 2. pag. 117. und LYNCKER Disp. de privilegiis depositi. Th. 35.

29) *Hug.* DONELLUS Commentar. ad Auth. *Sed. iam cautum.* Cod. h. t. nr. 2. pag. 263. und POTHIER Pandect. Iustin. Tom. I. h. t. Nr. XVII. not. b.

dem Hinterleger zurückzugeben [30]). Das Gesetz redet auch überhaupt nur von aussergerichtlichen oder Privat-Einsprüchen. Es findet daher keine Anwendung, wenn die Obrigkeit die deponirte Sache mit Arrest belegt [31]). Noch weniger darf c) die Rückgabe der deponirten Sache durch die Einrede, daß der Deponent nicht Eigenthümer sey, abgelehnet werden. Die Redlichkeit und Treue, welche man von dem Depositar erwartet, geht so weit, daß er sogar dem Diebe oder Räuber die Sachen, die ihm von demselben zur Verwahrung gegeben worden sind, zu restituiren verpflichtet ist. Es müßte denn der wahre Eigenthümer Einspruch thun. Hier erfordert es die Gerechtigkeit, die Sache dem zurückzugeben, welchem sie gehört. Folgende merkwürdige Stelle des **Tryphonins** verdient hier einen Platz.

L. 31. §. 1. *D. h. t.* Incurrit hic et alia inspectio, an bonam fidem inter eos tantum, inter quos contractum est, nullo extrinsecus adsumto aestimare debeamus, an respectu etiam aliarum personarum, ad quas id, quod geritur, pertinet; exempli loco, latro spolia, quae mihi abstulit, posuit apud Sejum inscium de malitia deponentis, utrum latroni, an mihi restituere Seius debeat? Si per se dantem accipientemque intuemur, haec est bona fides, ut commissam rem recipiat is, qui dedit. Si totius rei aequitatem, quae

30) *L. 9. in fin. D. de rei vindicat.* LYNCKER cit. Diss. Th. 36.

31) *L. 15. §. ult. D. de re iudic. Christoph. Phil.* RICHTER Expositt. omnium Authenticar. ad Auth. *Sed iam cautum* Cod. h. t. nr. 17. et 18. und LYNCKER cit. Disp. Th. 37.

ex omnibus perſonis, quae negotio iſto continguntur, impletur, mihi reddenda ſunt, quo [32]) facto ſceleſtiſſimo ademta ſunt. Et probo, *hanc eſſe iuſtitiam, quae ſuum cuique ita tribuit, ut non diſtrahatur ab ullius perſonae iuſtiore repetitione.* Quod ſi ego ad petenda ea non veniam, nihilominus ei reſtituenda ſunt, qui depoſuit, quamvis male quaeſita depoſuit. Quod et MARCELLUS in praedone et fure ſcribit.

Schützt jedoch der Depoſitar die Einrede vor, daß ihm das Eigenthum der Sache zuſtehe, ſo kommt es darauf an, ob er dieſe Einrede ſofort liquid machen kann, oder nicht. In dem letztern Falle muß der Depoſitar, ſeiner Einwendung ungeachtet, zur Herausgabe der Sache verurtheilt werden. Denn iſt der Contract an ſich auſſer Zweifel, vorausgeſetzt, daß aus demſelben auch geklagt wird, ſo kann der Depoſitar einſeitig die cauſa poſſeſſionis

32) Statt *quo* leſen Haloander und Baudoza *quae*. Brenkmann in der Gebauerſchen Ausgabe des Corpus iur. civ. will *quod* leſen, welches denn ſoviel als quia bedeuten ſoll. Allein richtiger bemerkt *Gerh.* NOODT in Commentar. in Dig. h. t. §. *Sed revertor* Tom. II. *Oper.* pag. 360. daß für quo vielmehr *quoi* oder *cui* geleſen werden müſſe. Eben ſo auch POTHIER in Pandect. Iuſtinian. Tom. I. Nr. XII. not. a. pag. 452. und *Hugo* GROTIUS in Florum ſpars. ad Ius Inſtinian. pag. 161. Denn daß die Alten häufig *quoi* für *cui* ſchrieben, iſt bekannt. HEINECCIUS in Commentar. ad Leg. Iul. et Pap. Poppaeam Lib. III. cap. 9. §. 7. pag. 441. führt noch ein Beyſpiel aus *L. 16.* §. 12. D. *ad SCtum Trebell.* an, wo auch das *quo* ſoviel als *cui* heißt. Ihm ſtimmt auch *Guil. Otto* REITZ in Adnotat. Sporad. bey PÜTTMANN in Opuſcul. iurid. ex Obſervat. miſcellan. Batav. in unum volumen collect. pag. 156. bey.

nis eben so wenig ändern, als von dem Hinterleger verlangen, daß die vorgeschützte Einrede erst völlig ausgemacht, und bis dahin die Zurückgabe der Sache verschoben werde. Er muß vielmehr die Sache dem Deponenten vermöge des Contracts wieder zurückliefern, und erst nachdem durch diese Zurückgabe das contractmässige Verhältniß, worin er bisher in Beziehung auf die Sache gestanden, wieder aufgehoben worden ist, kann er nunmehr sein vermeintes Eigenthum klagend verfolgen [33]). In dem ersten Falle hingegen kann der Depositar nicht verurtheilt werden. Denn es würde eben so wenig mit der bona fides, worauf **Tryphonin** gleichwohl in der oben angeführten Stelle alles zurückführt, und welche, wie er sagt, aequitatem summam erfordert, als mit der Gerechtigkeit, *quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore petitione*, zu vereinbaren seyn, wenn der Kläger, des gegenseitigen klar erwiesenen Eigenthums ungeachtet, dennoch auf die Herausgabe der Sache bestehen wollte. Die Gesetze betrachten hier das Begehren des Klägers als eine Schikane, welche sie schlechterdings verwerfen. Dolo facit, sagt **Paulus** *L.* 8. *pr. D. de doli mali et met. except.* qui petit, quod redditurus est. Es fällt ja auch nun, wenn das Eigenthum des Beklagten liquid ist, aller Grund der Klage weg, weil ein depositum rei suae, wie **Ulpian** lehrt *L.* 45. *pr. D. de div. reg. iuris*, an sich nichtig ist. Dennoch behauptet einer

33) S. Ad. Dietr. Webers Beiträge zu der Lehre von gerichtlichen Klagen und Einreden. 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 89. folgg.

ner unserer berühmtesten Civilisten [34]), der Depositar könne sich auch nicht einmal durch die, selbst sofort liquide Einrede des Eigenthums, der Restitution der Sache entziehen. Die *L.* 31. §. 1 *D. h. t.* redet zwar freilich nur von dem Fall, da der Eigenthümer der Sache es mit einem Diebe oder Räuber zu thun hat. Allein daß auch derjenige zur Herausgabe nicht angehalten werden könne, welcher unwissend seine eigene Sache als ein Depositum empfieng, sagt nicht nur **Tryphonin** noch nachher in derselben Stelle, wie auch schon der große **Hugo Grotius** [35]) bemerkt hat, sondern eben dieses bestättiget auch **Julian** in der schon an einem andern Orte [36]) angeführten *L.* 15 *D. h. t.* Unmöglich kann also wohl **Justinian** in der *L.* 11. *pr. Cod. h. t.* das Gegentheil haben verordnen wollen. Will man auch unter den Worten: *quasi et ipse quasdam contra eum, qui deposuit, actiones personales, vel* IN REM, *vel hypothecariam praetendens,* den Fall mit begreifen, wenn der Depositar einen eigenthümlichen Anspruch an der hinterlegten Sache macht, so kann doch von dieser Vorschrift, wenn sie nicht den bekanntesten Rechtsprincipien entgegenstreiten, ja mit sich selbst im Widerspruche stehen soll, (denn man erwäge nur die Worte: ut non contractus, qui *ex bona fide* oritur, *ad perfidiam* retrahatur) nur dann Gebrauch gemacht werden, wenn das vorgeschützte Eigenthum noch illiquid ist.

34) Thibaut System des Pand. Rechts 2. Band §. 892. Allein man sehe Webers angef. Beiträge. 2. u. 3. Stück Nr. 14. S. 100. ff.

35) De iure belli ac pacis Lib. II. cap. 10. §. 4.

36) Siehe oben §. 939. S. 149.

ist. *Quia non est ex fide bona*, sagt **Tryphonin** in der oben angeführten Stelle, *rem suam dominum* PRAEDONI (wofür ist denn wohl der Hinterleger anders zu halten, welcher, des gegenseitigen klar erwiesenen Eigenthums ungeachtet, dennoch die Herausgabe der Sache verlangt?) *restituere compelli.* — *Nec ex iure gentium constitet depositum, cuius haec est potestas, ut alii, non domino, sua ipsius res, quasi aliena, servanda detur.* Endlich soll auch

d) das Retentionsrecht beym Depositum nicht Statt finden, d. i. der Depositar ist nicht befugt, wegen einer an den Hinterleger habenden Forderung die deponirte Sache so lange zurückzuhalten, bis er von dem Deponenten befriediget worden ist. In der *L.* 11. *Cod. h. t.* heißt es ausdrücklich: cum non sub hoc modo depositum accepe-rit, *ut non concessa ei retentio generetur*, et contractus, qui ex bona fide oritur, ad perfidiam retrahatur. Es entsteht hier die sehr streitige Rechtsfrage, ob der Depositar nicht wegen der verwendeten nothwendigen Kosten das Retentionsrecht an der deponirten Sache auszuüben befugt sey? Viele Rechtsgelehrten [37]) tragen kein Beden-

ken,

37) BACHOV Notae et Animadvers. ad *Treutlerum.* Vol. I. Disputat. XXVI. Th. 5. lit. B. et C. VINNIUS Select. iuris Quaestion. Lib. I. cap. 51. WISSENBACH Exercitat. ad Pand. Vol. I. Disputat. XXXI. Th. 15. STRUV Synt. iur. civ. Exercit. XXI. Th. 44. et MÜLLER ad *Eundem.* *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 13. LYNCKER Disp. de privilegiis depositi Th. 24. *Matth. Ben.* HERING Diss. de retentione in depositio licita. *Rostochii 1741.* §. 23. et. 24. BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. cap. 8. §. 29. et CARRACH in Adnotation. ad *Eundem* pag. 307. WESTENBERG Princip. iur. sec. ord. Dig. h. t. §. 33. Ge. *Lud.* BOEHMER Diss. de iure retentionis §. 8. (in *Elect.*

ken, ihm solches in dem bemerkten Falle zu gestatten, und diese Meinung hat auch wirklich nicht unerhebliche Gründe für sich. Man sagt, es ergebe sich 1) schon aus dem Grunde des Gesetzes, daß die Vorschrift desselben auf den gegenwärtigen Fall gar nicht gezogen werden könne, weil die Retention, welche der Depositar wegen der verwendeten nothwendigen Kosten ausübt, in der Sache selbst gegründet sey. Denn da durch diese Kosten die deponirte Sache erhalten worden, welche ausserdem zu Grunde gegangen seyn würde; so sey hier immer die Einwilligung des Hinterlegers zu vermuthen. Solche Kosten machten daher gewissermassen einen Theil der Sache aus, ja es werde dadurch, eben so, wie bey dem sonst gleichfalls sehr begünstigten Heyrathsgute, die Sache ipso iure vermindert [38]). Man könne also hier nicht sagen, daß der Depositar, welcher sich, um zu seiner Entschädigung zu gelangen, der Retention bedient, wider Treu und Glauben handle. Hierzu komme aber noch insonderheit 2) daß dem Depositar dieser Kosten wegen eine Klage (actio depositi contraria) zustehe [39]). Nun sey es eine allgemeine Regel, daß

Elect. iuris civ. Tom II. pag. 628. sq.) *Frid Gottl.* ZOLLER Exercit. iur. Quaest. Quando depositario competat ius retentionis in deposito, contin. *Lipsiae 775.* §. 7. Gebr. Overbek Meditationen über verschied. Rechtsmaterien 2. B. Medit. 107. WALCH Introd. in controv. iur. civ. Sect. III cap. IV. membr. I. §. 2. pag. 527. und Faselius vom Retentionsrecht §. 19. Not. d.

38) Arg. *L. 5. pr. D. de impensis in res dotales fact.*

39) *L. 23. D. h. t.* Actione depositi conventus, servo constituto, cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur. Daß durch die letztern Worte auf die actio depositi contraria

daß man solcher Forderungen wegen, die man durch eine Gegenklage erhalten kann, die Sache zu retiniren befugt

traria hingedeutet werde, behauptet mit Recht Cujaz in Modestino ad h. L. 23. (*Oper.* Tom. V.) Denn ohne Zweifel ist diese Stelle von einem solchen Depositar zu verstehen, der die ihm zur Verwahrung gegebene Sache schon wieder restituirt hat. Eben so versteht diese Stelle auch der Scholiast der Basiliken (*τὴν κοντραξίαν δεποσίτε κινει* etc.) Tom. II. *Basilicor.* pag. 123. not. c. Nur die Worte *servo constituto* haben keinen richtigen Sinn. Cujaz in Recitat. ad Modestini different. h. L. hält sie für einen falschen Zusatz, welcher nicht vom Modestin herrühre, und daher wegzustreichen sey. Diese Muthmasung wird auch durch die *Collatio Legg. Mosaicar et Rom.* Tit. X. §. 2. (in *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust pag. 769.) unterstützt, in welcher die Stelle Modestins in ihrem Zusammenhange zu lesen ist, und so lautet: *Actione depositi conventus, cibariorum nomine apud eundem iudicem utiliter experitur: at is, cui res commodata est, improbe cibariorum exactionem intendit.* Der Meinung des Cujaz stimmt auch Ger. NOODT in Comm. ad Dig. h. t in fin. bey. Allein daß jene Worte ganz unächt seyn sollten, läßt sich, wie auch Io. *van* NISPEN in Diss. ad Fragmenta, quae in Digestis ex Herennii Modestini IX. libris Differentiarum supersunt. Cap. 3. (in *Ger.* OELRICHS *Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Volum I. Tom. I. pag. 25.) schon bemerkt hat, nicht füglich annehmen, wenn man damit die *Basilica* Tom. II. pag. 98. vergleicht, wo die Stelle so lautet: Ὁ ἐναγόμενος περὶ δούλε τῇ περὶ παραθήκης ἀγωγῇ, etc. *Conventus actione depositi ex causa servi depositi.* Statt also die Worte *servo constituto* ganz wegzustreichen, hat sich die Kritik bemühet, durch Emendation derselben, einen richtigen Sinn herzustellen. Pithou in Not. ad Collat. LL. Mos. et Rom. will daher *servo restituto* lesen. Eben so auch Anton Faber in Rational. in Pand. ad h. L. und POTHIER

fugt sey, wenn die Herausgabe derselben durch die actio directa verlangt wird [40]). Daß diese Meinung nach dem Rechte der Pandecten sich vollkommen vertheidigen läßt, und von den römischen Rechtsgelehrten selbst, als eine unbestrittene Wahrheit, behauptet worden, ist keinem Zweifel unterworffen. In der *Collatio Legum Mosaicar. et Romanar.* Tit X. §. 2. kommt eine sehr merkwürdige Stelle aus **Modestins** *libro Differentiarum secundo* vor, aus welchem die *L.* 23. *D. h. t.* genommen ist, welche folgendermassen lautet: Respondit, depolita si subripiatur, dominus (sc. depositae rei) habet furti actionem, *quamvis, apud quem res deposita est, interfit ob impensas in rem factas se retinere* [41]). Allein die Frage ist, ob nicht dieses ältere Recht, durch die *L.* 11. *Cod. h. t.* sey aufgehoben worden? Ich muß gestehen, daß die für die verneinende Meinung oben angeführten Gründe nicht ganz überzeugend sind. Das Gesetz verwirft schlechterdings alle und jede Einwendungen, wodurch die dem Depositar zur Pflicht gemachte augenblickliche Zurückgabe der Sa-

THIER in Pand. Iustinian. Tom. I. Nr. LVI. not. f. Andere hingegen, nämlich Bynkershök in dem Gebauerischen Corpus iuris ad h. L. 23. *Io. Guil.* HOFFMANN in Meletemat. academicor. ad Pand. Diss. hebdom. XV. §. 10 und *van* NISPEN in cit. Dissert. Cap. 3. pag. 25. lesen *servo constitutorum cibariorum nomine.* Daß der Ausdruck *constituere* bey Alimenten sehr gebräuchlich sey, hat keinen Zweifel. *L. 5. §. 10. D. de agnosc. et alend. lib.*

40) *L. 18. §. ult. D. Commod. L. 15. §. 2. D. de furtis.*

41) S. *Ant.* SCHULTING Iurisp. Antejust. pag. 769. not. 19. und *Io.* CANNEGIETER ad Collat. LL. Mosaic. et Rom. Tit. X.

Sache aufgehalten wird, ja es wird namentlich verordnet, daß wider den Willen des Hinterlegers durchaus kein Zurückhaltungsrecht Statt finden solle. Hat der Depositar eine Gegenforderung, so soll er sie durch die ihm deshalb zustehende Klage verfolgen. *Sed depositae quidem res quam celerrime, sine aliquo obstaculo, restituantur, — et postea legitimae actiones integrae quoque ei reserventur.* Daß hierunter auch die actio depositi contraria mit begriffen sey, leidet also wohl nach dem Geist des Gesetzes keinen Zweifel. Wollte nun der Depositar dennoch wegen der aufgewendeten Kosten das Retentionsrecht an der hinterlegten Sache ausüben, so würde er offenbar gegen die Pflicht der unverbrüchlichen Treue handeln, welche ihm die Heiligkeit des Hinterlegungscontracts auflegt, und worauf das Gesetz hier alles zurückführt. Es paßt also der Grund des Gesetzes vollkommen auf den gegenwärtigen Fall, und es ist nun wohl erklärbar, warum Tribonian die oben angeführte Stelle des Herennius Modestinus, in welcher dem Depositar, der aufgewandten Kosten wegen, das Retentionsrecht gestattet wird, in die Pandecten nicht aufgenommen hat. Hiermit verliert nun auch die sonst allgemeine Regel, nach welcher derjenige, dem eine Gegenklage zusteht, sich auch des Retentionsrechts bedienen könne, wenn die Herausgabe einer Sache durch eine actio directa von ihm verlangt wird, auf den gegenwärtigen Fall ihre Anwendbarkeit. Nach einer richtigern Theorie verdient also wohl die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [42]) den Vorzug, welche dem Depositar

42) *Hug.* DONELLUS in Comm. ad L. 11. Cod. h. t. nr. 9. *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 9. *Henr.* ZOESIUS Comment. ad

tar auch wegen der verwendeten selbst nothwendigen Kosten das Retentionsrecht versagen. Gleichwohl erlaubt der Gerichtsgebrauch dem Depositar der Billigkeit wegen das Retentionsrecht alsdann, a) wenn derselbe Schaden durch das Depositum erlitten, oder b) solche Kosten auf die hinterlegte Sache verwendet hat, um welcher willen ihm die actio depositi contraria zusteht, sie mögen nothwendige, oder auch nur nützliche seyn, wenn nur die letzteren mit ausdrücklicher oder stillschweigender Einwilligung des Hinterlegers sind verwendet worden [43]).

Die Restitution geschieht übrigens an dem Orte, wo sich die Sache zur Zeit der Zurückforderung befindet, wenn sie auch dem Depositar nicht gerade an diesem Orte wäre zur Verwahrung übergeben worden. Es muß ihm nur

ad Dig. h. t. nr. 29. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 37. HAHN Observat. ad *Wesenbecium* h. t. nr. 5. BOECKELMANN Tract. de actionib. pag. 210. SCHULTING Thes. controv. Decad. LIX. Th. 7. MENCKE Gymnas. polem. iur. Disp. VI. Th. 24. *Christ. Henr.* BREUNING Quaest. iur. controv. de retentione illicita in deposito. *Lipsiae 1778. Dan.* NETTELBLADT Commentat. de deposito irregulari. §. 67. er 68. *Phil. Iac.* HEISLER Diss. de iure retentionis. §. 30. Christ. Heinr. Göttl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. Betracht. 25. und EMMINGHAUS ad *Cocceji* ius civ. controv. h. t. Qu. 13. not. u.

43) S. SCHILTER Prax. iur. Rom. Exercit. XXVIII. §. 60. STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 9. MEVIUS P. II. Decis. 56. BERGER Oecon. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 13. not. 4. Höpfner theor. pract. Commentar über die Heineccischen Institutionen §. 788. und HOFACKER Princip. iuris civ. Rom. Germ. Tom. III. §. 1883.

nur deshalb kein Dolus zur Last fallen, daß sich die Sache an einem andern Orte befindet. Ist ein von dem der Hinterlegung entfernter Ort für die Zurückgabe der Sache bestimmt, so trägt der Hinterleger die Kosten des Transports. Ist kein Ort bestimmt, der Hinterleger verlangt aber, daß die Sache an einen bestimmten Ort hingeschaft werden solle; so ist ihm zwar hierin zu willfahren, allein der Transport geschieht auf seine Gefahr und Kosten.

L. 12. *D. h. t.* Si in Asia depositum fuerit, ut Romae reddatur, videtur id actum, ut non impensa eius id fiat, apud quem depositum sit, sed eius, qui deposuit.

L. 12. §. 1. *D. eodem.* Depositum *eo loco* restitui debet, *in quo sine dolo malo eius est, apud quem depositum est: ubi vero depositum est, nihil interest.* Eadem dicenda sunt communiter, et in omnibus bonae fidei iudiciis. *Sed dicendum est, si velit actor suis impensis, suoque periculo perferri rem Romam, ut audiendus sit: quoniam et in ad exhibendum actione id servatur* [44]).

Wenn

44) Die ganze letzte Periode dieser Gesetzstelle hält *Ant.* FABER in Rational. ad h. L. für einen Tribonianismus. Denn unmöglich werde Pomponius geschrieben haben *in ad exhibendum actione*, sondern *in actione ad exhibendum*. Denn das Erstere sey ein Grăcismus. Als wenn Grăcismen so was Ungewöhnliches im Styl der ältern römischen Rechtsgelehrten wären! Man sehe doch *Ant.* AUGUSTINUS lib. II. Emendation. cap. 1. In der Sache selbst aber soll es eine beschwerende Zumuthung für den Depositar seyn, die er sich nicht brauche gefallen zu lassen, nämlich daß er die Sache an einen dritten Ort, NB. ohne

Wenn der Depositar die ihm obliegenden Pflichten vorsetzlich nicht erfüllt, und sich daher eines Betrugs schuldig macht, so wird er infam [45]). Es gehören hierher folgende Fälle. 1) Wenn er die Zurückgabe der deponirten Sache ohne alle Ursache verweigert [46]); oder 2) das Depositum gänzlich ableugnet [47]; oder 3) die Sache vorsätzlich verdirbt [48]); oder 4) dieselbe heimlich veräussert [49]), oder 5) in seinen Nutzen verwendet. [50]). Ob nicht auch schon erwiesene culpa lata den Depositar infamire, ist unter den Rechtsgelehrten streitig. Mehrere Rechtsgelehrten [51]) wollen auch hierin die culpa lata dem Dolus gleichachten, weil

ohne seinen Schaden, auf Gefahr und Kosten des Hinterlegers schicken soll. Ein so seichtes Argument bedarf gar keiner Widerlegung. S. *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. pag. 592.

45) *L. 1. L. 6. §. 6. D. de bis, qui not. infam. L. 10. Cod. h. t.* Qui depositum non restituit, suo nomine conventus et condemnatus, ad eius restitutionem *cum infamiae periculo* urgetur.

46) *L. 1. §. 22. D. h. t.*

47) *L. 13. pr. D. h. t.*

48) *L. 1. §. 16. D. h. t.*

49) *L. 1. §. 25. D. h. t. L. 1. §. fin. eodem. L. 7. et 8. Cod. eodem.*

50) *L. 3. Cod. h. t.*

51) *Hug.* DONELLUS Commentarior. iuris civ. Lib. XVI. cap. 7. et Libro XVIII. cap. 8. *Ger.* NOODT Probabil. iuris. Lib. I. cap. 13. §. 11. *Io.* VOET Comm. ad Pand. Lib. III. Tit. 2. §. 2. *Arn.* VINNIUS Commentar. ad Institut. Lib. I. Tit. 26. §. 6. nr. 3. *Ian. a* COSTA in Comm. ad Instit. eod. loc. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. III. Tit. 2. Qu. 2. u. a. m.

weil nicht nur Celsius *L.* 32. *D. h. t.* den Satz: *latam culpam dolum esse*, als eine gar nicht zu bezweifelnde Wahrheit bestätige, sondern auch Cajus *L.* 1. §. 5. *D. de obligat. et act.* ausdrücklich lehre, *magnam negligentiam in doli crimen cadere*; und daß auch in causis famosis diese Gleichstellung von den römischen Juristen sey angenommen worden, erhelle aus mehreren Gesetzstellen [52]). Nach den Gesetzen der Pandecten ist wohl diese Meinung mit Grund nicht zu bestreiten. Allein in dem neuern römischen Recht ist diese Strenge gemildert, wie schon an einem andern Orte [53]) gezeigt worden, und h. z. T. ist man vollends darin einverstanden, daß ein wenn gleich grobes Versehen in Straffällen dem bösen Vorsatz nicht gleichzuachten sey [54]). Soll übrigens die Strafe der Infamie von Wirkung seyn, so muß ausdrücklich darauf erkannt werden [55]). Die Wirkung dieser Strafe ist jedoch nicht die, welche mit der deutschen Ehrlosigkeit verknüpft ist, denn der römische infamis ist kein Deutscher ehrloser [56]); sondern der Depositar, der durch Begehung eines

52) *L.* 11. §. *ult. D. de his, qui not. infam. L.* 7. §. 1. *D. de susp. tutor. L.* 42. *D. de Verbor. Signif.*

53) S. den 5. Th. dieses Commentars §. 375. und §. 380. S. 195. f. *Ev.* OTTO u. *Em.* MERILLIUS in Comm. ad §. 6. I. de susp. tutor.

54) S. Kleinschrod's syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinl. Rechts. 1. Th. §. 30.

55) *L.* 1. *L.* 7. *D. de his, qui not. infam.* S. HOFACKER Princip. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 322. et 323. und Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 782.

56) S. Hagemeister über den wesentlichen Unterschied zwischen der römischen infamia und deutschen Ehrlosigkeit, in Hugo civilist. Magazin 3. Bandes 2. Stück. S. 163. ff.

nes Betrugs den Beweis seiner Unrechtlichkeit gegeben, hat sich dadurch aller vorzüglichen Ehrenrechte im Staat verlustig, und eines besondern öffentlichen Vertrauens unwürdig gemacht [57]). Nach dem heutigen Gerichtsgebrauche kann jedoch der Richter, wenn eine rechtmässige Ursache dazu vorhanden ist, dem Depositar in dem Urtheile die Ehre vorbehalten [58]); so wie nicht minder durch einen noch vor der Verurtheilung mit dem Hinterleger geschlossenen Vergleich [59]), oder durch eine erfolgte Entschädigung desselben die Strafe der Infamie abgewendet werden kann [60]).

§. 945.

Depositum miserabile.

Geschieht die Hinterlegung im Falle einer dringenden Noth, nämlich bey einer entstandenen Feuers- Wassers- oder Kriegsgefahr, so wird sie, zwar nicht in den Gesetzen, aber doch in der nicht ganz unpassenden Sprache der

57) S. CARPZOV Iurispr. for. P. IV. Const. 45. Def. 10. RICHTER P. II. Decis. 80 nr. 35. und Feuerbachs Lehrbuch des peinlichen Rechts. § 71.

58) *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. de expressa honoris in sententia iudicis reservatione. §. 28. in EIUS *Opusc. at. academ.* Vol. I. Nr. XII pag. 433 *Dav.* MEVIUS Decision. P. II. Decis. 340. und P. V. Decis. 367. Man sehe jedoch Kleinschrod's angef. Entwickelung 3. Th. § 90.

59) *L. 7. D. de bis, qui not. infam.* S. den 5. Th. dieses Commentars §. 381.

60) S. *Sam.* STRYK de cautelis contract. Sect. II. cap. 3. §. 14.

der heutigen Rechtsgelehrten, *depositum miserabile* [61]), ausser diesem Falle aber *depositum simplex* genennt. Nach dem Edict des Prätors sollte zwischen diesen beyden Arten des Depositums der Unterschied Statt finden, daß gegen einen solchen Depositar, der mit einem depositio miserabili unredlich umgieng, auf das Duplum, gegen einen andern aber nur auf das Simplum sollte geklagt werden können. Die Worte des Edicts, so wie sie uns **Ulpian** *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* aufbehalten hat, lauten folgendermassen: Praetor ait: *Quod neque tumultus, neque incendii, neque ruinae, neque naufragii causa depositum sit, in simplum: earum autem rerum, quae supra comprehensae sunt, in ipsum in duplum; in heredem eius, quod dolo malo eius factum esse dicetur, qui mortuus sit, in simplum: quod ipsius, in duplum iudicium dabo.* Der Prätor milderte hierdurch die Strenge der Zwölftafelgesetze, nach welchen jeder Betrug, dessen sich der Depositar schuldig machte, die Strafe des Duplums nach sich zog [62]). Paulus

61) *Pet.* MÜLLER Diss. de depositio miserabili. *Ienae 1680. rec. 1714. Lud. Christoph.* KANNENGIESSER Diss. de receptu rerum miserabilium. *Duisburgi 1735.* und *Sam. Frid.* WILLENBERG Exercit. de depositio miserabili. in *Eiusdem* Select. iurisprud. civ. P. II. Exerc. 33. pag. 561. sqq.

62) *Iac.* GOTHOFREDUS hat in seinen Quatuor fontib. iuris civ. bey OTTO *in Thes. iuris Rom.* Tom. III. das hierher gehörige Fragment der Zwölftafelgesetze in Tab. 3. auf folgende Art restituirt: *Si quid endo Depositio dolo malo factum escit, duplione luito.* Die Gesetze der zwölf Tafeln bestraften überhaupt jede Untreue mit dem Duplum. *L. 55. §. 1. D. de administr. tutor.* Die Verordnung in der 3. Gesetztafel stammt aus den

lus in *Sententiis receptis* Lib. II. Tit. 12. §. 11.[63]) giebt uns hierüber den Beweis, wenn er sagt: Ex causa depositi *lege duodecim Tabularum* in duplum actio datur; *edicto Praetoris* in simplum. **Ulpian** aber belehrt uns noch weiter über den Grund des prätorischen Edicts, wenn er *L.* 1. §. 2. *D. h. t.* sagt: Merito has causas deponendi separavit Praetor, quae continent fortuitam causam depositionis ex necessitate descendentem, non ex voluntate proficiscentem. Mit Recht, sagt **Ulpian**, unterscheide der Prätor zwischen jenen beyden Arten des Depositums. Denn bey einem gemeinen Depositum hat der Hinterleger Zeit zur Ueberlegung. Er kann sich den Freund wählen, zu dem er das Vertrauen hat, daß er ihm seine Sachen wohl verwahren werde. Allein in der Bestürtzung, in welcher man sich im Falle einer bevorstehenden Gefahr befindet, erlaubt die dringende Noth keine lange Besinnung. Zwar ist es in jedem Falle schändlich, ein Depositum zu veruntreuen[64]). Denn ein an-

ver-

Gesetzen der Athenienser her. S. *Iul.* POLLUX Onomast. Lib. VIII. cap. 6.

63) S. SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 281. Die Stelle des Paulus ist aus der *Collatio Legum Mosaicar. et Rom.* Tit. X. §. 7. in fin. S. SCHULTING c. l. pag. 771.

64) SENECA *de Beneficiis.* Lib. IV. cap. 10. sagt: Depositum reddere, per se expetenda res est. Die Alten glaubten, wer ein Depositum nicht wieder zurückgebe, den würden selbst die Götter mit ihrer Rache verfolgen, und ihn durch äusserliche Verunstaltung, als einen schändlichen Menschen, auszeichnen. Gundling in seiner Abhandlung, warum die Römer die Ableugnung des Depositums so scharf bestraft? in *Gundlingianis* 1. St. Nr. VIII. §. 4. S. 182. hat hierüber aus Theocrit und

Ju-

vertrautes Gut ist als ein Heiligthum zu betrachten [65]). Wer ein solches unterschlägt, begeht einen Diebstahl [66]). Allein bey einem gemeinen Depositum hat sich doch immer der Hinterleger den Vorwurf zu machen, daß er in der Wahl seines Freundes nicht vorsichtiger war. Dieser Vorwurf trifft hingegen den Deponenten nicht, der in einem dringenden Nothfalle seine Sachen flüchtet, und in der Bestürzung zuweilen vergißt, wem er seine Sachen zur Verwahrung gegeben hat. Hier ist also die Untreue des Depositars größer und strafbarer, als in jenem Falle eines depositi simplicis. **Ulpian** fügt daher *L.* 1. §. 4. *D. h. t.* noch hinzu: Haec autem separatio causarum iustam rationem habet: quippe cum *quis fidem elegit*, nec depositum redditur, contentus esse debet simplo. Cum vero *extante necessitate* [67]) deponat, *crescit perfi-*

Juvenal verschiedene Stellen angeführt. HERODOTUS Lib. VI. Histor. cap. 87. erzählt von einem solchen Betrüger, daß er mit seiner ganzen Familie umgekommen sey, und zieht hieraus die Moral: ἅτω ἀγαθὸν μὴ δὲ διανόεσθαι περὶ παρακαταθήκης ἄλλόγε, ἢ ἀπαιτεόντων ἀποδιδόναι. e. i. *Ita bonum est, nihil aliud de deposito cogitare, quam ut repetentibus reddatur.* PLINIUS rühmt daher *Lib. X. Ep. 97.* vorzüglich von den Christen seiner Zeit: se sacramento non in scelus aliquod obstringere, sed ne furta, ne latrocinium, ne adulteria committerent, ne fidem fallerent, *ne depositum appellati abnegarent.*

65) JUVENAL *Satyr. 13. v. 10.* legt daher dem depositum den Beynamen sacrum bey, und nennt die Veruntreuung desselben *crimen violatae fidei.*

66) *L. 29. pr. D. h. t.*

67) Unser *Cod. Pand. Erlang.* lieset hier *exigente necessitate. Io. Guil.* HOFFMANN Meletemat. et Observat. ad Pand. Diss. XV. §. 8.

diae crimen: et publica utilitas coercenda est [68]), vindi-

can-

§. 8. will *ex tanta necessitate* lesen. Eben so schon längst vor ihm *Pet.* DUIRSEMA Conjectural. iur. civ. Lib. II. cap. 2. §. 3. Allein ich finde keinen hinreichenden Grund, von der florentinischen Leseart abzugehen.

68) Daß die Worte: *et publica utilitas coercenda est vindicandae reipublicae causa*, keinen richtigen Sinn haben, leuchtet in die Augen. Wie aber die wahre Leseart herzustellen sey, ist ein Problem, bey dessen Auflösung die Kritik alles versucht hat, was Kunst und Scharfsinn vermag. Die Emendationen eines Cujaz, Robert, Connanus, Ferdinand Arias de Mesa, Duarens und Lycklama von Nieholt hat *Io. van de* WATER in Observation. iuris Rom. Lib. I. cap. 3. bereits geprüft, aber alle verworffen. Er selbst, auf die Erklärung des griechischen Scholiasten in den Basiliken Tom. II. pag. 108. not. b. gestützt, ist der Meinung, daß der wahre Sinn Ulpians vollkommenen getroffen seyn werde, wenn man die Leseart auf folgende Art ändert: *ob publicam utilitatem coërcendum* (sc. perfidiae crimen), *et vindicandum reipublicae causa*. Allein andern mißfällt die hier sichtbare Tautologie. Diese, sagen sie, könne vermieden werden, wenn man annimmt, daß vielleicht Ulpian so geschrieben haben könne: *et publica calamitas coërcenda, et vindicanda est reipublicae causa*, welches dann den Sinn habe: res publice damnosa, poena imposita, impedienda est, in gratiam reipublicae. Dieß ist der sinnreiche Einfall eines *Georg. D'*ARNAUD Variar. Conjecturar. Lib. II. cap. 15. pag. 314 den aber auch schon vor ihm *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA in Comm. ad Leg. Aquil. Lib. III. cap. 5. nr. 6. (in *Thes. Meerm.* Tom. II.) hatte. *Io.* IENSIUS in Strictur. ad Rom. iuris Pand. et Codicem pag. 111. glaubt hier einen neuen Beweis zur Unterstützung seiner Hypothese zu finden, daß wir nicht die lateinischen Original-Pandecten hätten, sondern eine bloße lateinische Uebersetzung von einer griechischen Version derselben

candae reipublicae causa: est enim inutile [69]), in causis

selben. In der griechischen Uebersetzung sey vielleicht das Wort ἀμύνασθαι gebraucht worden. Dieses bedeute nun zwar auch soviel, als *coërcere*, allein es heisse auch soviel als *defendere*. Letztere Bedeutung hätte hier eigentlich gewählt werden sollen. Der Fehler liege also blos in der Uebersetzung. Allein da diese Grille des Jensius schon von Bach in seiner unpartheyischen Kritik über jurist. Schriften 1. B. S. 167. gründlich genug widerlegt worden ist, so ist hierüber kein Wort weiter zu verlieren. Viel sinnreicher ist die Conjectur des *Io. Guil.* HOFFMANN Meletemat. acad. ad Pand. Diss. XV. §. 8. welcher die Worte auf folgende Art emendirt: *crescit perfidiae crimen et publica utilitas: coërcenda et vindicanda reipublicae causa.* Der Sinn sey nun ganz natürlich der, je größer eine solche Untreue von Seiten des Depositars ist, je größer werde das Interesse des Staats, ein solches Verbrechen zu bestrafen, und dadurch das gemeine Wohl des Staats zu sichern. Unter allen den wenigsten Beyfall verdient gewiß der Bynkershökische Versuch in der Gebauerischen Ausgabe des Corp. iuris civ. welcher die Worte so ändert: *publica utilitas vindicanda est coërcendae reipublicae causa.* Es ist jedoch der Mühe werth, hierüber noch die verschiedenen Lesearten in den vorzüglichsten Ausgaben der Pandecten zu vergleichen. Hier verdient gewiß die Haloandrische den ersten Platz, in welcher die Worte so lauten: *et publica utilitas coërcendo vindicanda est reipublicae causa.* Eben so lieset auch Vintimillius; und dieser Lesart giebt *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. pag. 588. unter allen den Vorzug. Sie scheint jedoch mehr eine Conjectur des Haloanders, als auf die Auctorität aller Handschriften gestützt zu seyn. Diese aber hat die Lesart des Petrus ab Area Baudoza Cestius für sich, *et publica utilitate coercendum est* (sc. perfidiae crimen) *vindicandae reipublicae causa.* Denn gerade so lieset auch unser *Cod. Pand. Erlang.* Sollte die in den

Wor-

sis huiusmodi fidem frangere. Ob das Prätorische Edict nur von der Abläugnung des Depositums gehandelt, oder jeden Betrug beym deposito miserabili mit der Strafe des Duplums belegt habe, ist streitig. Mehrere [70]) behaupten das Erstere. Allein das Letztere ist unstreitig der Wahrheit gemäßer [71]). Soviel ist indessen gewiß, daß die römischen Rechtsgelehrten, welche das Prätorische Edict erklärt haben, dasselbe blos auf den Fall einschränkten, wenn der Depositar ein solches Depositum betrüglich abläugnet [72]), und diese Meinung nahm nachher auch **Justinian** an, wie aus dem §. 26. *I. de actionib.* erhellet, wo es heißt: at il-

lae,

Worten dieser Leseart liegende Tautologie einigen Anstoß verursachen, so bemerke ich, daß dergleichen in unsern Gesetzen und selbst in den Fragmenten des Ulpians gar nichts Ungewöhnliches sind, wie *Ger.* NOODT in Probabil. lib. III. cap 10. und in Commentar. ad Dig. h t. §. *Tempestivum est.* pag. 368. aus mehreren Beyspielen erwiesen hat.

69) Baudoza und Haloander haben statt inutile, *incivile.* Allein man kann die florentinische Leseart, mit welcher auch unser *Cod. Pand. Erlang.* übereinstimmt, vollkommen beybehalten. Denn *inutile* heißt hier, quod utilitati publicae repugnat, oder quod noxium et grave est, wie *Franc.* DUARENUS Disputat. anniversar. Lib. I. cap. 11. *Ferand.* ADDUENSIS Explication. Lib. I. cap. 18. (in *Thes. iuris Rom. Otton.* Tom. II. pag. 524. et sqq.) und *Ulr.* HUBER in Eunomia Rom. ad h. L. §. 2. pag. 588. aus vielen Stellen der Alten erwiesen haben.

70) *Ger.* NOODT Comm. ad Pand. h. t. §. *Tempestivum.* pag. 368. *Io.* SUAREZ *de* MENDOZA Comm. ad L. Aquil. Lib. III. cap. 5. nr. 6. und BOECKELMANN Comm. in Dig. h. t. §. 13.

71) *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 771. not. 31.

72) S. *Ev.* OTTO Commentar. ad §. 17. I. de actionib.

lae, id eſt, damni iniuriae ex Lege Aquilia, et *interdum depoſiti* (ſc. miſerabilis), *inficiatione duplicantur:* in confitentem autem in ſimplum dantur. Noch iſt zu bemerken, daß die Strafe des Duplums nicht auf die Erben übergeht, wenn die Klage noch nicht gegen den Depoſitar war angeſtellt worden. Dieſe haften nur für das Simplum, und zwar jeder derſelben nach dem Verhältniß ſeines Erbtheils, auch muß die Klage binnen einem Jahre wider ſie angeſtellet werden [73]). Wird hingegen der Depoſitar ſelbſt auf das Duplum belangt, ſo iſt die Klage eine actio perpetua. Eben ſo kann auch zuweilen gegen den Erben ſelbſt in perpetuum auf das Duplum geklagt werden, wenn er ſich nämlich eines gleichen Dolus ſchuldig gemacht hat. Denn wenn gleich ſonſt prätoriſche Klagen nur ein Jahr dauern [74]); ſo findet doch hier darum eine Ausnahme Statt, weil die actio depoſiti auf das Duplum urſprünglich keine prätoriſche Klage iſt, ſondern aus den Geſetzen der zwölf Tafeln herrührt, und alſo hier eine vom Prätor blos modificirte Civilklage iſt [75]). Alles dieſes beſtätiget Neratius *L.* 18. *D. h. t.* wo er ſagt: De eo, quod

73) S. *Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Deinde ait.* pag. 370. ſq. und *Io.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 11.

74) *L. 35. D. de Obligat. et Action.*

75) S. HEINECCIUS in Hiſtor. iuris civ. Lib. I. cap. 3. §. 68. Not. *. Noch einen andern Grund führt *God. Lud.* MENCKEN in Introduct. in doctrin. de actionib. for. Comm. Spec. Sect. II. cap. II. Membr. IV. §. 18. pag. 181. an, nämlich der Depoſitar, welcher ein depoſitum miſerabile abläugnet, ſey einem Diebe gleichgeachtet worden, gegen welchen auch die prätoriſchen Pönalklagen perpetuirlich waren.

quod tumultus, incendii, ruinae, naufragii cauſa depoſitum eſt, *in heredem* de dolo mortui actio eſt pro hereditaria portione, et *in ſimplum*, et *intra annum* quoque [76]): in *ipsum* [77]), et *in ſolidum*, et *in duplum*, et

76) Viele wollen zwar dieſe Worte ſo verſtehen, die Klage gehe gegen den Erben nur auf das Simplum, auch wenn ſie binnen einem Jahre wider ihn angeſtellet wird. Deswegen ſey aber doch auch gegen den Erben die Klage eine actio perpetua. S. *Ant.* FABER de Errorib. Pragmaticor. Dec. LXXVI. Err. 4. und in Rational. in Pand. ad L. 18. h. t. *Ant.* SCHULTING Theſ. controverſar. Dec. LVIII. Th. 7. *Pet.* MÜLLER Diſſ. de depoſito miſerabili. Th. 19. Allein der Unterſchied, welcher hier zwiſchen den beyden Fällen, ob die Klage gegen den unſchuldigen Erben, oder gegen denjenigen ſelbſt angeſtellet wird, welcher den Dolus begieng, ſo beſtimmt und deutlich gemacht iſt, widerlegt dieſe Meinung von ſelbſt. Es wäre auch in der That gar kein vernünftiger Grund einzuſehen, warum Neratius geſagt haben ſollte, die Klage gegen den Erben gehe nur auf das Simplum, auch wenn ſie binnen einem Jahre wider ihn angeſtellet werde, weil ja auch ſelbſt die Klage auf das Duplum nicht auf die Dauer von einem Jahre beſchränkt iſt. *Iuſt. Henn.* BOEHMER in Doctr. de actionib. Sect. II. cap. VIII. §. 23. iſt zwar anderer Meinung. Er hält die gemeine Leſeart für unrichtig, und glaubt, ſie müſſe auf folgende Art reſtituirt werden: *in heredem de dolo mortui actio eſt pro hereditaria portione; et intra annum quoque in ipſum* (ſc. depoſitarium) *et in ſolidum, et in duplum; at in ſimplum in perpetuum datur.* Allein eine ſo willkührliche und gewaltſame Kritik, welche überdem von aller Auctorität entblößt iſt, wird Niemand leicht billigen können. Die gemeine Leſeart, in welcher alle Handſchriften und Ausgaben übereinſtimmen, beſtärken noch inſonderheit die *Baſilica* Tom. II. Lib. XIII. Tit. 2. Conſt. 18. pag. 98. wo die Worte ſo lauten: ἀπὸ δὲ τῦ δόλυ αὐτῦ ὃι κλη-

et *in perpetuum* datur. Ob die Strafe des doppelten Ersatzes bey dem deposito miserabili noch heutigen Tages Statt finde, darüber sind die Practiker verschiedener Meinung. Mehrere [78]) wollen dieses aus dem allgemeinen Grunde läugnen, weil alle römische Privatstrafen in Deutschland ausser Gebrauch wären. Allein daß sich gegen diesen Grund nach einer richtigern Rechtstheorie noch immer viel einwenden läßt, hat Herr Prof. **Weber** [79]) sehr gründlich gezeigt. Daher behaupten andere Rechtsgelehrten [80]) richtiger, daß die in dem römischen Recht bey

κληρονόμοι αὐτῦ κατὰ τὰ κληρονομιᾶια μέρη, καὶ εἰς τὸ ἁπλᾶν καὶ ἐντὸς ἐνιαυτῦ ὁμοίως ἐνάγονται. i. e. *de dolo autem eius* (sc. depositarii) *heredes pro hereditaria portione et in simplum et intra annum similiter conveniuntur.* Ich halte daher die von mir mit Noodt und Voet angenommene Erklärung des Accursius für richtiger.

77) Ob das *in ipsum* auf den Depositar, oder auf den Erben gehet, welcher sich selbst einer dolosen Ablaugnung des Depositums schuldig gemacht hat, ist unter den Auslegern streitig. Die Basiliken und Accursius erklären diese Worte vom Depositar. Allein in Verbindung mit *L. 1. §. 1. D. h. t.* können sie auch eben so gut von dem Erben verstanden werden.

78) GROENEWEGEN ad L. 1. §. 1. D. h. t. THOMASIUS in Diss. de non usu actionum poenalium in foris Germ. §. 41. et 42. *de* COCCEJI iur. civ. controv. h. t. Qu. 9. LUDOVICI Usu pract. distinction. iurid. h. t. Dist. 3. CARRACH Adnotat. ad *Boehmeri* doctr. de actionib. pag. 305. ad §. 23.

79) Versuche über das Civilrecht 1. Abh. §. 23. S. 67.

80) STRYK Us. mod. Pand. h. t. §. 1. HARPPRECHT Consultat. crim. et civ. Cons. 3. nr. 50. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 29. MÜLLER Diss. de deposito miserabili. §. 18.

WIL-

bey dem depositio miserabili im Abläugnungsfalle verordnete Strafe des Duplums allerdings auch noch heutzutage Statt finde. Daß jedoch ausser dieser Strafe auch auf die Infamie erkannt werden könne, leidet keinen Zweifel [81]), da dieselbe jeden Betrug des Depositars begleitet [82]).

§. 946.

Klagen aus dem Hinterlegungscontract.

Die Klagen aus dem Hinterlegungscontract sind

I. die *actio depositi directa*, welche von dem Hinterleger oder desselben Erben gegen den Depositar oder desselben Erben auf Zurückgabe der deponirten Sache, mit allem, was dazu gehört, so wie auf Ersatz des mit Vorsatz oder aus groben Versehen verursachten Schadens, im Falle eines abgeläugneten depositi miserabilis aber auf das Duplum, angestellet wird. Diese Klage steht auch sogar einem Diebe und Räuber zu, wie **Ulpian** lehrt, wenn er *L.* 1. §. 39.

WILLENBERG Diss. eiusd. arg. §. 11. und BOEHMER Doctr. de actionib. Sect. II. Cap. VIII. §. 23. not. y. In vielen deutschen Statuten, und Landrechten ist die Strafe des röm. Rechts ausdrücklich bestätiget; z. B. in der Frankfurtischen, und Nürnbergischen Reformation, ferner in dem Pfälzischen, Badischen, und Wirtembergischen Landrechten. S. Griesingers Commentar über das Wirtemb. Landrecht. 1. Band S. 119.

81) S. MÜLLER Diss. cit. Th. 20. und WILLENBERG Exercitat. cit. §. 12.

82) CICERO *Orat. pro Roscio Comoedo cap. 6.* et *pro Caecinna. cap. 3.*

§. 39. *D. h. t.* sagt: Si praedo vel fur deposuerint, et hoc MARCELLUS *lib. VI. Digestorum* putat, recte depositi acturos: *nam interest eorum, eo quod teneantur.* Man wird wohl nicht glauben, daß dieses zum Vortheil der Diebe und Räuber sey verordnet worden. Nein, die Gesetze hassen vielmehr diejenigen, welche unter diesem Vorwande die Zurückgabe eines Depositums verweigern, und sich selbst eines Diebstahls schuldig machen [83]). Die strengste Pflicht der Treue, welche die Gesetze vom Depositar fordern, bringt es daher mit sich, daß auch dem Diebe und Räuber das Depositum zurückgegeben werde, so lange der wahre Eigenthümer nicht durch seinen Einspruch die Restitution hindert [84]). Zuweilen kann die actio depositi directa utiliter auch von einem Dritten angestellet werden, wenn nämlich der Deponent bey der Hinterlegung die Bedingung machte, daß diesem die Sache restituirt werden solle, oder der Dritte dem Deponenten den Auftrag gegeben hatte, seine Sache einem Andern in Verwahrung zu geben. Hierher gehören folgende Gesetzstellen.

L. 1. §. 11. *D. h. t.* Si te rogavero, *ut rem meam perferas ad Titium, ut is eam servet*, qua actione tecum experiri possum, apud *Pomponium* quaeritur? Et

83) S. *Ant.* MORNACII Observation. in Dig. ad h. L. in *Operib.* Tom. I. pag. 615.

84) *L. 31. §. 1. D. h. t.* S. *Guil.* MARANUS in var. Tractat. iuris civ. Tom. III. *Operum* pag. 121. *Franc.* CONNANUS Commentarior. iuris civ Lib. VII. cap. 4. *Ant. Dad.* ALTESERRA Recit. in Claud. Tryphoninum Tom I. und *Christ.* RAU Exercitat. iur. civ. ad L. 31. §. 1. D. depositi. *Lipsiae 1775.*

Et putat, tecum *mandati*: cum eo vero, qui eas res receperit, *depositi* [85]).

L. 1. §. 33. *D. eodem.* Eleganter apud *Iulianum* quaeritur, si pecuniam servus apud me deposuit, *ita ut domino pro libertate eius dem* [86]), egoque dedero, an tenear depositi? Et libro XIII. Digestorum scribit, si quidem sic dedero, quasi ad hoc penes me depositam, teque certioravero, non competere tibi depositi actionem.

L. 26. *pr. D. eodem.* Publia Maevia, cum proficisceretur ad maritum suum, arcam clusam cum veste et instrumentis commendavit Gaiae Sejae, et dixit ei; *cum salva sanave venero, restitues mihi; certe si aliquid mihi humanum contigerit, filio meo, quem ex alio marito suscepi* [87]). Defuncta ea intestata, desidero, res com-

85) S. *Ant.* FABER Rational. in Pand. ad h. L.

86) So ist richtiger statt *eiusdem* zu lesen. S. *Guil.* BEST Ratio emendandi leges. Cap. I. pag. 10. (edit. *Neubaus. Lipsiae 1745.*) Eben so lieset auch *Cod. Pand. Erlang.*

87) Die Beschreibung, welche die Deponentin von ihrem Sohn erster Ehe macht, läßt uns glauben, daß auch noch Kinder von ihrem zweiten Mann vorhanden waren, die sie ab intestato beerbt haben würden. Sonst wäre gar kein Grund vorhanden gewesen, daran zu zweifeln, daß dem Sohn, als Erben, die von seiner Mutter deponirten Sachen hätten restituirt werden müssen. Allein nun geschahe die Restitution dem Sohne nicht als Erben der Deponentin, sondern gleichsam vermöge eines Fideicommisses, wie aus *L. 77. D. de legatis I.* erhellet. S. *Ger.* NOODT Comm. h. t. §. *Ab alia* pag. 367. und *Christph. Lud.* CRELL Diss. de deposito cum fideicommisso utili, ut res post mortem deponentis tertio restituatur. *Vitembergae 1742.*

commendatae cui reſtitui debeant: filio, an marito? PAULUS reſpondit, filio.

L. 8. *Cod. ad exhibendum.* Si res tuas commodavit, aut depoſuit is, cuius in precibus meminiſti, adverſus tenentem ad exhibendum, vel vindicatione uti potes. *Quodſi pactus ſit, ut tibi reſtituantur*: ſi quidem ei, qui depoſuit, ſucceſſiſti iure hereditario, depoſiti actione uti non prohiberis: ſi vero nec civili, nec honorario iure ad te hereditas eius pertinet: intelligis nullam te ex eius pacto, contra quem ſupplicas, actionem ſtricto iure habere: *utilis autem tibi propter aequitatis rationem dabitur depoſiti actio.*

Ob nicht die actio depoſiti directa zuweilen auch utiliter gegen den dritten Beſitzer angeſtellt werden könne, iſt ſtreitig. Man ſetze z. B. den Fall, daß der Depoſitar die Sache wieder einem Dritten in Verwahrung gegeben hätte. Kann hier der Deponent gegen den zweyten Depoſitar klagen? **Pütrmann** [88]) läugnet dieſes ſchlechterdings. Zwar ſtehe dem Deponenten, als Eigenthümer, gegen den dritten Beſitzer die Reivindication zu [89]); allein nicht die actio depoſiti! Für dieſe Meinung ſpricht auch *L.* 1. §. 1. *D. h. t.* woraus erhellet, daß die actio depoſiti nur gegen den Depoſitar, oder deſſen Erben Statt habe. Nun findet ſich zwar eine Stelle aus des **Paulus** *Sententiis receptis* in der *Collatio Legum Moſaicar. et Rom. Tit.* 10. §. 7. [90]) welche das Gegentheil lehrt.

88) Meletematum iuris civ. Specim. I. Cap. 9. S. auch NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. Dixi. pag. 367.

89) *L. 8. Cod. h. t.*

90) S. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejuſt. pag. 770.

lehrt. Es heißt nämlich daselbst: Si quis rem penes se positam apud alium deposuerit, tam ipse *directam*, quam *is*, *qui apud eum deposuit*, *utilem actionem depositi habere possunt.* Allein dieses Fragment macht keinen Theil unsers corpus iuris aus, in dieses ist dagegen eine andere Stelle des **Afrikanus** aufgenommen, nämlich *L.* 16. *D. h. t.* welche so lautet: Si is, apud quem rem deposueris, apud alium eam deponat, et ille dolo quid admiserit, ob dolum eius, apud quem postea sit depositum, *eatenus eum teneri*, *apud quem tu deposueris*, *ut actiones suas tibi praestet.* Nach diesen Worten soll also der erste Hinterleger von seinem Depositar, mit welchem er contrahirt hat, nur verlangen können, daß er ihm seine Klage gegen den zweyten Depositar cedire. Dagegen hat nun aber der gelehrte Dr. **Christian Rau** [91]) zu Leipzig sehr überzeugend dargethan, daß zwischen **Paulus** und **Afrikan** kein Widerspruch sey, sondern beyde vollkommen mit einander vereiniget werden können, ja daß selbst in den neueren Verordnungen der Kaiser eine solche actio utilis, von welcher **Paulus** redet, gestattet werde. Wäre ein wirklicher Widerspruch zwischen beyden Rechtsgelehrten vorhanden, so wäre es in der That seltsam, warum man gerade der Meinung des ältern Rechtsgelehrten den Vorzug gegeben hätte. Denn **Paulus** ist ja ein viel jüngerer Rechtsgelehrter, als **Afrikan** [92]). Allein, genau erwogen, redet **Afrikan** nur von einem besondern Falle, nämlich wenn der zweyte Depositar einen

Dolus

91) Diss. de actione depositi adversus tertium possessorem. *Lipsiae 1775.*

92) S. *Ant.* SCHULTING Iurisprud. Antejust. pag. 281. not. 12.

Dolus begieng. Will hier der erste Deponent die actio depositi mit aller der dem Betruge eigenen Wirkung gegen den zweyten Depositar anstellen, so muß er sich solche freilich von seinem Depositar cediren lassen, weil man ja hier nicht sagen kann, der zweyte Depositar habe das in ihn gesetzte Vertrauen des Klägers getäuscht, der ihm seine Sache gar nicht in Verwahrung gegeben hatte. Ist hingegen dem ersten Deponenten nur daran gelegen, daß ihm die Sache von dem zweyten Depositar restituirt werde, so kann er ohne Cession dieselbe mit der actio depositi utilis abfordern. Dieß ist, wenn es auch **Paulus** nicht ausdrücklich gesagt hätte, dennoch den neuern Verordnungen der Kaiser so gemäß, daß hierüber kein weiterer Zweifel entstehen kann. Die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** gestatten diese Klage in der oben angeführten *L.* 8. *Cod. ad exhibendum* der Billigkeit wegen in dem Falle, wenn Jemand meine Sachen, die ich ihm nicht zur Verwahrung gegeben habe, bey einem Dritten deponirt, aber bey der Hinterlegung ausgemacht hat, daß sie mir von dem Depositar restituirt werden sollten. Warum sollte denn nun die actio utilis nicht auch von dem ersten Deponenten gegen den zweyten Depositar angestellt werden können, wenn der erste Depositar es mit dem zweyten verabredet hat, daß die Sache dem ersten Deponenten auf sein Verlangen restituirt werden solle? [93]) Eben dieses ist auch

93) POTHIER in Pand. Iustin. h. t. Nr. XXXIX. not. g. Tom. I. pag. 45. macht bey der Stelle des Paulus die sehr richtige Bemerkung: *non est autem infrequens, ut ad vitandum cedendarum actionum circuitum, recta via utilis actio detur adversus quem cedendae erant actiones.*

auch die Meinung des Johann Heinrich von Berger [94]).

Noch ist zu bemerken, daß die actio depositi directa eine privilegirte Klage ist. Entsteht nämlich ein Concurs über das Vermögen des Depositars, so nimmt der Deponent, sofern er nicht die hinterlegte Sache als Eigenthümer vindiciren kann, unter den persönlich privilegirten Gläubigern den letzten Platz ein. Er darf sich nur, wenn er Gelder deponirte, keine Zinsen ausbedungen haben, sonst hat er sich seines Privilegiums begeben, und er wird dann von andern blos chirographarischen Gläubigern nicht weiter unterschieden. Hierher gehört folgende merkwürdige Stelle Ulpians.

L. 24. §. 2. *D. de rebus auctor. iudicis possidend.* In bonis mensularii vendendis, *post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt.* Sed enim, qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a caeteris creditoribus non separantur: et merito; *aliud est enim credere, aliud deponere.* Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis: et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.

Diese Vorschrift ist zwar freylich an sich singulair. Sie redet von einem solchen Depositar, der bey den Römern ein mensularius, oder mensarius war [95]). Allein der Grund

94) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 13. pag. 435. edit. WINCKLER.

95) Diese mensarii oder mensularii waren öffentliche Personen, welche in Rom vom Senat, in den Provinzen aber von dem Volk

Grund des Gesetzes ist allgemein: *aliud est credere, aliud deponere;* und giebt uns die Ueberzeugung, daß dem Depositum an sich dieses Privilegium beygelegt sey, mithin auch noch jetzt Anwendung finde, wenn wir gleich keine römische Mensarien mehr haben [96]).

Noch stärker war jedoch das Privilegium, wenn die actio depositi gegen einen Argentar, oder nummularius, welcher bankerot geworden war, angestellt wurde. Hier gieng der Deponent allen persönlich privilegirten Gläubigern vor, und zwar nicht etwa dann, wenn das deponirte Geld noch existirte, sondern auch wenn es consumirt war, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 7. §. 2. *et* 3. *D. h. t.* Quotiens foro cedunt nummularii, *solet primo loco ratio haberi depositariorum,* hoc est, eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant; *et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur:* dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non ha-

Volk gewählt wurden, und nach Art der Quästoren die öffentlichen Gelder beytrieben, und solche zum Besten des Staats verwendeten. LIVIUS Histor. Lib. VII. cap. 21. CICERO *Orat. pro Flacco* cap. 19. Bey diesen wurden auch häufig Gelder deponirt. Denn der Staat garantirte für ihre Treue. Sie waren von den Argentarien unterschieden, wenn gleich diese auch zuweilen *mensarii* genennt werden. *L.* 47. §. 1. *D. de pact.* S. *Christ. Ger.* OVERBECK Diss. de collocatione depositi tam regularis quam irreg. in concursu creditor. *Heidelb. 1808.* P. II. §. 13. sqq.

96) S. OVERBECK cit. Diss. P. III. §. 18.

auch die Meinung des **Johann Heinrich von Berger** [94]).

Noch ist zu bemerken, daß die actio depositi directa eine privilegirte Klage ist. Entsteht nämlich ein Concurs über das Vermögen des Depositars, so nimmt der Deponent, sofern er nicht die hinterlegte Sache als Eigenthümer vindiciren kann, unter den persönlich privilegirten Gläubigern den letzten Platz ein. Er darf sich nur, wenn er Gelder deponirte, keine Zinsen ausbedungen haben, sonst hat er sich seines Privilegiums begeben, und er wird dann von andern blos chirographarischen Gläubigern nicht weiter unterschieden. Hierher gehört folgende merkwürdige Stelle **Ulpians.**

L. 24. §. 2. *D. de rebus auctor. iudicis possidend.* In bonis mensularii vendendis, *post privilegia potiorem eorum causam esse placuit, qui pecunias apud mensam, fidem publicam secuti, deposuerunt.* Sed enim, qui depositis nummis usuras a mensulariis acceperunt, a caeteris creditoribus non separantur: et merito; *aliud est enim credere, aliud deponere.* Si tamen nummi extent, vindicari eos posse puto a depositariis: et futurum eum, qui vindicat, ante privilegia.

Diese Vorschrift ist zwar freylich an sich singulair. Sie redet von einem solchen Depositar, der bey den Römern ein mensularius, oder mensarius war [95]). Allein der

Grund

94) Oeconom. iuris Lib. III. Tit. 2. Th. 13. pag. 435. edit. WINCKLER.

95) Diese mensarii oder mensularii waren öffentliche Personen, welche in Rom vom Senat, in den Provinzen aber von dem Volk

Grund des Gesetzes ist allgemein: *aliud est credere, aliud deponere;* und giebt uns die Ueberzeugung, daß dem Depositum an sich dieses Privilegium beygelegt sey, mithin auch noch jetzt Anwendung finde, wenn wir gleich keine römische Mensarien mehr haben [96]).

Noch stärker war jedoch das Privilegium, wenn die actio depositi gegen einen Argentar, oder nummularius, welcher bankerot geworden war, angestellt wurde. Hier gieng der Deponent allen persönlich privilegirten Gläubigern vor, und zwar nicht etwa dann, wenn das deponirte Geld noch existirte, sondern auch wenn es consumirt war, wie aus folgenden Gesetzstellen erhellet.

L. 7. §. 2. *et* 3. *D. h. t.* Quotiens foro cedunt nummularii, *solet primo loco ratio haberi depositariorum,* hoc est, eorum, qui depositas pecunias habuerunt, non quas foenore apud nummularios, vel cum nummulariis, vel per ipsos exercebant; *et ante privilegia igitur, si bona venierint, depositariorum ratio habetur:* dummodo eorum, qui vel postea usuras acceperunt, ratio non ha-

Volk gewählt wurden, und nach Art der Quästoren die öffentlichen Gelder beytrieben, und solche zum Besten des Staats verwendeten. LIVIUS Histor. Lib. VII. cap. 21. CICERO *Orat. pro Flacco* cap. 19. Bey diesen wurden auch häufig Gelder deponirt. Denn der Staat garantirte für ihre Treue. Sie waren von den Argentarien unterschieden, wenn gleich diese auch zuweilen *mensarii* genennt werden. *L.* 47. §. 1. *D. de pact.* S. *Christ. Ger.* OVERBECK Diss. de collocatione depositi tam regularis quam irreg. in concursu creditor. *Heidelb. 1808.* P. II. §. 13. sqq.

96) S. OVERBECK cit. Diss. P. III. §. 18.

habeatur, quaſi renunciaverint depoſito. Item quaeritur, utrum ordo ſpectetur eorum, qui depoſuerunt; an vero ſimul omnium depoſitariorum ratio habeatur? Et conſtat, ſimul admittendos: hoc enim reſcripto principali ſignificatur.

L. 8. *D. eodem.* Quod privilegium exercetur non in ea tantum quantitate, quae in bonis argentarii, ex pecunia depoſita, reperta eſt, ſed in omnibus fraudatoris facultatibus: idque propter neceſſarium uſum argentariorum ex utilitate publica receptum eſt. Plane ſumtus cauſa, qui neceſſarie factus eſt, ſemper praecedit: nam, deducto eo, bonorum calculus ſubduci ſolet.

Die meiſten Rechtsgelehrten [97]) wollen zwar die *L.* 7. *cit.* von dem Falle verſtehen, wenn die deponirten Gelder noch in Natur vorhanden ſind. Denn nun könne ſie der Deponent vindiciren, und er gehe dann allen privilegirten Gläubigern vor. Allein dieſer Erklärung ſteht entgegen, daß die Vindicationsbefugniß die Gränzen des Eigenthums nicht überſchreiten kann. Nun ſagt aber die damit in der genaueſten Verbindung ſtehende *L.* 8 *h. t.* daß das gedachte Privilegium ſich nicht blos auf das noch vorhandene Depoſitum beſchränke, ſondern auf das ganze Vermögen

97) *Iac.* CUJACIUS Obſervation. Lib. X. cap. 14. *Guil.* FORNERIUS Selection. Lib. III. cap. 8. (in *Theſ. iur. Rom Otton.* Tom. II. pag. 90.) POTHIER Pandect. Iuſtinian. Tom. I. h. Nr. LIII. not. b. pag. 458. und *Chriſt. Lud.* RUNDE Commentat. de hiſtoria, indole ac vi remediorum ſecuritatis, quib. iure Rom. proſpectum eſt creditorib. debitoris obaerati. etc. *Goett. 1794.* 4. §. 67.

gen des Schuldners sich erstrecke. Wie hätte denn auch **Papinian** ein schon in den Regeln des gemeinen Rechts gegründetes Vindicationsrecht des Deponenten ein Privilegium nennen können? Es ist überdem auch ein großer Unterschied, ob der Deponent als Vindicant das Depositum zurückfordert, oder sein Privilegium durch die actio depositi, der es beygelegt ist, geltend macht. In dem ersten Falle braucht er sich gar nicht in den Concurs einzulassen, in dem letzten Falle hingegen werden die Concurskosten erst abgezogen, und der Deponent aus dem übrigen Vermögen befriediget.

II. *Actio depositi contraria*, welche von dem Depositar, oder dessen Erben, gegen den Deponenten oder desselben Erben auf Ersatz eines ihm durch irgend eine Culpa des Deponenten, wenn sie auch nur in einem ganz geringen Versehen bestehen sollte, verursachten Schadens, so wie auf Erstattung der zur Erhaltung der Sache nöthigen, oder auch anderer mit Willen des Deponenten gemachten Kosten angestellet wird [98]). Diese Klage unterscheidet sich von der actio directa auch noch insonderheit darin, daß bey ihr weder das iuramentum in litem, noch die Folge der Infamie Statt findet [99]).

98) *L. 5. pr. L. 12. pr. L. 23. D. h. t. L. 31. D. de pigner. act. L. 61. §. 5. D. de furt.* S. MENCKEN Introduct. in doct. de actionib. for. pag. 185. sq. et ad *Eundem* HOMMEL not. 524. und Schmidts Lehrbuch von gerichtlichen Klagen §. 799 ff.

99) *L. 5. pr. D. h. t. L. 6. §. ult. D. de bis, qui not. infam.* S. meinen Commentar 12. Th. §. 813. S. 420.

§. 947.

Rechtliches Verhältniß mehrerer Deponenten, oder mehrerer Depositare, oder mehrerer Erben eines Deponenten oder eines Depositars.

I. Haben mehrere eine Sache deponirt, oder stirbt der Deponent, und hinterläßt mehrere Erben, so ist entweder a) eine untheilbare Sache deponirt worden. Hier muß derjenige, welcher die Sache allein zurückfordert, entweder von den übrigen eine Vollmacht haben, oder durch eine hinreichende Caution den Depositar gegen die Ansprüche der übrigen sicherstellen. Weigert sich der Kläger diese Caution zu leisten, so kann der Depositar die Sache den Gerichten übergeben, und sich hierdurch von allen weiteren Ansprüchen befreien [100]) b) Sind mehrere individuelle Sachen deponirt, welche α) alle von gleicher Art und Werthe sind, so daß eine jede derselben ganz die Stelle der andern vertreten kann; z. B. wenn Jemand sechs silberne Leuchter, alle von gleicher Form und von gleichem Gewichte bey mir hinterlegt hätte, und der Deponent stirbt, mit Hinterlassung dreyer Erben, welche ihm zu gleichen Theilen succediren; so kann jeder Erbe seinen Antheil, also zwey Leuchter von mir fordern, und sie müssen ihm ohne Caution herausgegeben werden [1]). Sind hingegen β) die mehreren hinterlegten individuellen Sachen nicht vertretbare Sachen von derselben

100) *L. 1. §. 36. in fin. D. h. t.* VOET Comm. ad Pand. h. t. §. 4.

1) *L. ult. Cod. h. t. Hub.* GIPHANIUS Explanat. difficilior. LL. Cod. ad h. L. ult. pag. 292. und *Hug.* DONELLUS Comment. ad eand. L. pag. 264.

ben Gattung z. B. es hat Jemand drey Pferde deponirt, und es sind drey Erben des Hinterlegers vorhanden, so kann ein Erbe allein ohne die Einwilligung der übrigen, eben so wenig ein Pferd für sich, als alle drey verlangen, wenn er nicht deshalb eine hinreichende Caution leistet [2]). Hätte sich auch wirklich einer der Erben eines von diesen drey Pferden für sich herausgeben lassen, so erwirbt er dennoch dadurch kein ausschließliches Recht auf dieses Pferd, sondern es bleibt unter den Miterben pro indiviso gemeinschaftlich [3]). c) Besteht hingegen die hinterlegte Sache in einer Quantität, so kann jeder der Deponenten oder Erben seinen Antheil fordern. Denn eine Quantität ist schon ipso iure getheilt [4]). Ist jedoch das Geld in einem versiegelten Beutel deponirt worden, so muß der Beutel gerichtlich, oder in Gegenwart einiger bekannter unbescholtener Personen geöfnet werden [5]). Wäre es bey der Deposition ausgemacht, daß einer das Ganze solle erheben können, so kann dann zwar auch einer allein das Ganze zurückverlangen; allein ohne eine solche Verabredung ist ihm

2) *L.* 29. *D. de Solut.*

3) FRANTZKIUS Commentar. in Pand. h. t. nr. 19. und DUARENUS Comment. ad h. Tit. cap. 4. pag. 1007. Anderer Meinung scheint jedoch *de* COCCEJI in iure civ. controv. h. t. Qu. 8. zu seyn.

4) *L.* 2. §. 1. *D. de Verb. Oblig.* FRANTZKIUS Comm. ad Pand. h. t. nr. 18.

5) *L.* 1. §. 36. *D. h. t.* Ueber diese Stelle vergleiche man vorzüglich *Ulr.* HUBER Eunom. Rom. ad h. L. pag. 590. und *Iust.* MEIERI Ενδοξῶν Iustinianeor. Decad. V. Cap. 8. (adj. EIUS *Colleg. iur. Argentorat.* Tom. III. pag. 980.

ihm dieses nicht erlaubt [6]). Wer von einer deponirten theilbaren Sache seinen Antheil vom Depositar erhalten hat, braucht ihn mit den übrigen nicht zu theilen, wenn diese nämlich dem Depositar vielleicht zu lange nachgesehen haben, und nachher wegen der Insolvenz desselben nichts von ihm erhalten können [7]). Hat der Depositar einem von den mehreren Deponenten oder Erben, ohne daß dieser hinlänglich dazu legitimirt war, die ganze hinterlegte Summe zurückgegeben, so können die übrigen dennoch die actio depositi mit Wirkung gegen ihn anstellen, wenn er sich auch von dem Empfänger hätte Caution leisten lassen [8]). Ein anders wäre, wenn derjenige Erbe, welcher den größten Theil zu fordern hatte, die ganze hinterlegte Summe gegen Caution verlangt. Diesem kann sie nicht vorenthalten werden, und der Depositar hat auch in diesem Falle von den übrigen Miterben keinen Anspruch weiter zu befürchten [9]).

II.

6) *L. 1. §. 44. D. h. t.*

7) *L. ult. Cod. h. t.* DONELLUS in Commentar. ad h. L. und LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 23.

8) CARPZOV Respons. iur. Lib. V. Resp. 14. STRYK de cautelis contract. Sect. II. Cap. III. §. 3. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 22.

9) *L. 14. pr. D. h. t.* Si plures heredes exstiterint ei, qui deposuerit, dicitur, si maior pars adierit, restituendam rem praesentibus. *Maiorem* autem *partem* non ex numero utique personarum, sed *ex magnitudine portionum hereditariarum* intelligendam, cautela idonea reddenda. *Ant.* FABER Conjecturar. iuris civ. Lib. XII. cap. 16. hält die Lesart: *si maior pars adierit* für fehlerhaft, und will dafür *si maior pars aderit* lesen.

Denn

II. Haben mehrere eine Sache in Verwahrung genommen, so haftet in der Regel jeder Einzelne für das Ganze [10]). Denn der Deponent hat einem Jeden die Sache ganz

Denn die vorhergehenden Worte: *si plures heredes extiterint*, zeigten, daß die Erbschaft von allen Erben bereits angetreten gewesen sey. Dahingegen lehrten die folgenden Worte: *restituendam rem praesentibus*, daß von dem Falle die Rede sey, da nur ein Theil der Erben sich gemeldet, und die Zurückgabe des Depositums verlangt habe. Allein daß diese Emendation ganz unnöthig sey, hat schon *Iust.* MEIER Εὐδοξῶν Iustinianeor. Decad. V. cap. 9. gezeigt. Schon Accursius erklärte das *adierit* so, daß er darunter vel depositarium vel iudicem verstand. Das Letztere nämlich *adierit iudicem* hält nun zwar Meier für schicklicher; allein ich glaube, man kann unter *adierit* auch ganz wohl *hereditatem* verstehen, ohne daß mit den vorhergehenden Worten ein Widerspruch entsteht. Der Sinn ist: wenn der Hinterleger mehrere Erben hinterläßt, von denen auch schon größten Theils die Erbschaft angetreten worden ist. Diese Erklärung bestätigen auch die *Basilica* Tom. II. pag. 96. Ἐὰν κατὰ τὸ πλεῖον μέρος ὑπεισελθῃ ἢ τῶν παραθεμένου κληρονομία, ἀποδίδοται τὸ πρᾶγμα τοῖς παροῦσιν. i. e. *Si maior pars heredum eius, qui deposuit, hereditatem adierit, restituitur res praesentibus.* Auch die Worte: *cautela idonea reddenda* scheinen dem Anton Faber nicht ächt zu seyn, sondern nach einen Tribonianismus zu schmecken. Allein mit welchem Grunde? zeigt *Ulr.* HUBER in Eunom. Rom. ad h. L. pag. 593.

10) *L. 1. §. 43. D. h. t.* Si *apud duos* sit deposita res, *adversus unumquemque eorum agi poterit:* nec liberabitur alter, si cum altero agatur: *non enim electione, sed solutione liberantur.* Proinde si ambo dolo fecerunt, et alter, quod interest, praestiterit: alter non convenietur: exemplo duorum tutorum.

ganz anvertraut. Die custodia ist untheilbar [11]). Wenn jedoch der Beklagte beweisen könnte, daß er seiner Seits ausser aller Schuld sey, so muß er freygesprochen werden, und die Verantwortung trift denjenigen, welcher den Schaden verschuldet hat [12]). Ist gegen den Einen zwar auf das Ganze geklagt worden, der Hinterleger hat aber von ihm nicht seine völlige Befriedigung erhalten, so bleibt ihm der Regreß immer noch gegen den Andern offen [13]).

III. Mehrere Erben eines Depositars haften zwar wegen dessen, was ihr Erblasser verschuldete, pro rata [14]). Werden sie aber aus ihrer eigenen Handlung in Anspruch genommen, so haftet nur derjenige Erbe allein, welcher die deponirte Sache noch besitzt, oder mit derselben unredlich umgieng [15]). Haben sie jedoch alle auf gleiche Weise an dem Dolus Antheil genommen, und die hinterlegte Sache ist theilbar, so steht ein jeder nur für seinen Antheil. Ist sie hingegen untheilbar, so ist jeder Erbe in solidum verbindlich. Kann aber derjenige, welcher auf das Ganze belangt wor-

11) Hätte jedoch der Hinterleger die Sache bey mehreren auf gemeinschaftliche Gefahr deponirt, so behauptet LAUTERBACH in Colleg. th. pr. Pand. h. t. §. 26. daß die mehrern Depositare sodann nur pro rata hafteten, sofern sie sich nämlich keines Dolus schuldig gemacht haben.

12) *L. 1. §. 34. h. t.* — Si alter dolo non fecerit, et idcirco sit absolutus, — ad alium pervenietur.

13) *L. 1. §. 34. cit.* Quod si alter vel nihil vel minus facere possit, ad alium pervenietur.

14) *L. 7. §. 1. L. 9. D. h. t. Ger.* NOODT Comm. ad Dig. h. t. §. *Sequitur* T. II. Oper. pag. 367.

15) L. 9. et L. 10. D. h. t.

worden iſt, die Sache ſelbſt nicht mehr reſtituiren, ſo iſt jeder der Erben den Werth für ſeinen Antheil zu erſetzen ſchuldig; was aber von einem oder dem andern nicht erhalten werden kann, das wird auf die übrigen vertheilt [16]).

IV. Hat einer der Erben die bey dem Erblaſſer hinterlegte Sache aus Irrthum veräuſſert; z. B. er hielt die Sache für das Eigenthum des Erblaſſers, ſo muß er, wo möglich, dieſelbe einzulöſen ſuchen; kann er dieſes nicht, ſo giebt er blos heraus, was er empfing, oder cedirt ſeine Klagen gegen den Empfänger [17]).

§. 948.

Sequeſtration.

Die Sequeſtration, *Sequeſtrum*, *Sequeſtre*, wird in dem römiſchen Recht bald als eine Art des Depoſitums, bald als eine Verfügung des Richters betrachtet [18]).

I. Als eine Art des Depoſiti betrachtet, verſteht man unter *Sequeſtrum*, oder Sequeſtration den Vertrag zweyer ſtreitender Partheyen, wodurch ſie den unter

ſich

16) *L.* 22. *D. h. t.* S. *Ant.* FABRI Rational. in Pand. ad h. L. *Ulr.* HUBERI Eunomia Rom. ad h. L. pag. 594. *Paul* BUSIUS ad eand. L. *Ge.* FRANTZKII Commentar. in Pand. h. t. nr. 21. et nr. 107.

17) *L.* 1. *§.* 47. *L.* 2. 3. *et* 4. *D. h. t.* S. *Franc.* RAMOS *del* MANZANO Commentar. ad L. 1. §. ult. D. depoſiti. (in MEERM. *Theſ. iur. civ. et canon.* Tom. VII.)

18) Unter den ältern Rechtsgelehrten haben dieſe Lehre vorzüglich *Andreas* CLUDIUS und *Caſp.* ZIEGLER de iure ſequeſtrationum; unter den neuern aber *Adolph Frid.* TRENDELENBURG in Exercitat. iuris civ. de ſequeſtratione curatius definienda. *Buetzovii* 1765. und Gönner im Handbuch des deutſchen gemeinen Prozeſſes 4. Band Nr. LXXX. S. 369. ff. bearbeitet.

ſich ſtreitigen Gegenſtand einem Dritten, welcher dann Sequeſter genennt wird, unter der Bedingung in Verwahrung und Aufſicht geben, daß er nach erfolgter Entſcheidung des Rechtsſtreits demjenigen, für welchen die Entſcheidung ausfällt, überliefert werden ſolle. Von dieſer Art der Sequeſtration, welche von den heutigen Rechtsgelehrten *ſequeſtratio voluntaria* ſeu *conventionalis* genennt wird, reden folgende Geſetzſtellen.

L. 110. *D. de Verb. Significat.* SEQUESTER dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controverſia eſt, depoſuerunt: dictus ab eo, quod occurrenti, aut quaſi ſequenti eos, qui contendunt committitur [19]).

L. 5. §. 1. *D. h. t.* In *ſequeſtrem* depoſiti actio competit; ſi tamen cum *ſequeſtre* convenit, ut certo loco rem depoſitam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam eſt. Quod ſi de pluribus locis convenit, in arbitrio eius eſt, quo loci exhibeat: ſed ſi nihil convenit, denunciandum eſt ei, ut apud Praetorem exhibeat.

L. 6 *D. eodem.* Proprie autem in *ſequeſtre* eſt depoſitum, quod a pluribus in ſolidum certa conditione cuſtodiendum reddendumque traditur.

L. 17. *D. eodem.* Licet deponere tam plures, quam unus poſſunt, attamen apud *ſequeſtrem* non niſi plures deponere poſſunt: nam tum id fit, cum aliqua res

19) *Aulus* GELLIUS Noct. Atticar. Lib. XX. cap. ult. weicht hier vom Modeſtin ab. Er ſagt vielmehr Vocabulum *Sequeſter* a ſequendo factum eſt, *quod eius, qui electus ſit, utraque pars fidem ſequatur.* S. *Io. Lud.* CONRADI Excurſus ad Gellium in div. titt. Digeſtor. P. II. Exc. 8. pag. 530 und TRENDELENBURG cit. Exercitat. §. 3.

res in controverſiam deducitur; itaque hoc caſu in ſolidum unusquisque videtur depoſuiſſe: quod aliter eſt, cum rem communem plures deponunt.

L. 9. §. 3. *D. de dolo malo.* LABEO *XXXVII. Poſteriorum* ſcribit: ſi oleum tuum, *quaſi ſuum*, defendat Titius; et tu hoc oleum depoſueris apud Sejum, ut is hoc venderet, et pretium ſervaret, *donec inter vos diiudicetur*, *cuius oleum eſſet*; neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati, neque ſequeſtraria Seium convenire potes, *nondum impleta conditione depoſitionis*, de dolo adverſus Titium agendum. Sed POMPONIUS poſſe cum *ſequeſtre* praeſcriptis verbis actione agi, vel ſi is ſolvendo non ſit, cum Titio de dolo, quae diſtinctio vera eſſe videtur.

L. 5. *Cod. h. t.* Propter inſtrumenta quidem, quae te depoſuiſſe cum adverſario tuo dicis, ut reſidua pecunia, quae ex conductione debebatur, ſoluta, ea reciperes, ſi id, quod placuerat, impleſti, *ſequeſtrum* potes convenire.

In Rückſicht der Form, in welcher die Partheyen mit dem Sequeſter contrahiren, kann die Sequeſtration, eben ſo, wie jedes andere Depoſitum, zuweilen in einen andern Contract übergehen. Der Sequeſter übernimmt nämlich die Verwahrung des ſtreitigen Gegenſtandes entweder a) unentgeldlich, und dann wird ihm entweder α) blos die Aufſicht übertragen, hier iſt es dann ein wahres Depoſitum; oder es wird ihm β) auch zugleich die Verwaltung eingeräumt. Hier geht die Sequeſtration in einen contractus mandati über. Oder b) er erhält einen Lohn, und je nachdem dieſer entweder im baaren Gelde, oder in einer andern Art der Vergeltung beſteht, iſt die

Se-

ſich ſtreitigen Gegenſtand einem Dritten, welcher dann Sequeſter genennt wird, unter der Bedingung in Verwahrung und Aufſicht geben, daß er nach erfolgter Entſcheidung des Rechtsſtreits demjenigen, für welchen die Entſcheidung ausfällt, überliefert werden ſolle. Von dieſer Art der Sequeſtration, welche von den heutigen Rechtsgelehrten *ſequeſtratio voluntaria* ſeu *conventionalis* genennt wird, reden folgende Geſetzſtellen.

L. 110. *D. de Verb. Significat.* SEQUESTER dicitur, apud quem plures eandem rem, de qua controverſia eſt, depoſuerunt: dictus ab eo, quod occurrenti, aut quaſi ſequenti eos, qui contendunt committitur [19]).

L. 5. §. 1. *D. h. t.* In *ſequeſtrem* depoſiti actio competit; ſi tamen cum *ſequeſtre* convenit, ut certo loco rem depoſitam exhiberet, nec ibi exhibeat, teneri eum palam eſt. Quod ſi de pluribus locis convenit, in arbitrio eius eſt, quo loci exhibeat: ſed ſi nihil convenit, denunciandum eſt ei, ut apud Praetorem exhibeat.

L. 6 *D. eodem.* Proprie autem in *ſequeſtre* eſt depoſitum, quod a pluribus in ſolidum certa conditione cuſtodiendum reddendumque traditur.

L. 17. *D. eodem.* Licet deponere tam plures, quam unus poſſunt, attamen apud *ſequeſtrem* non niſi plures deponere poſſunt: nam tum id fit, cum aliqua res

19) *Aulus* GELLIUS Noct. Atticar. Lib. XX. cap. ult. weicht hier vom Modeſtin ab. Er ſagt vielmehr Vocabulum *Sequeſter* a ſequendo factum eſt, *quod eius, qui electus ſit, utraque pars fidem ſequatur.* S. *Io. Lud.* CONRADI Excurſus ad Gellium in div. titt. Digeſtor. P. II. Exc. 8. pag. 530 und TRENDELENBURG cit. Exercitat. §. 3.

res in controverſiam deducitur; itaque hoc caſu in ſolidum unusquisque videtur depoſuiſſe: quod aliter eſt, cum rem communem plures deponunt.

L. 9. §. 3. *D. de dolo malo.* LABEO *XXXVII. Poſteriorum* ſcribit: ſi oleum tuum, *quaſi ſuum*, defendat Titius; et tu hoc oleum depoſueris apud Sejum, ut is hoc venderet, et pretium ſervaret, *donec inter vos diiudicetur, cuius oleum eſſet*; neque Titius velit iudicium accipere: quoniam neque mandati, neque ſequeſtraria Seium convenire potes, *nondum impleta conditione depoſitionis*, de dolo adverſus Titium agendum. Sed POMPONIUS poſſe cum *ſequeſtre* praeſcriptis verbis actione agi, vel ſi is ſolvendo non ſit, cum Titio de dolo, quae diſtinctio vera eſſe videtur.

L. 5. *Cod. h. t.* Propter inſtrumenta quidem, quae te depoſuiſſe cum adverſario tuo dicis, ut reſidua pecunia, quae ex conductione debebatur, ſoluta, ea reciperes, ſi id, quod placuerat, impleſti, *ſequeſtrum* potes convenire.

In Rückſicht der Form, in welcher die Partheyen mit dem Sequeſter contrahiren, kann die Sequeſtration, eben ſo, wie jedes andere Depoſitum, zuweilen in einen andern Contract übergehen. Der Sequeſter übernimmt nämlich die Verwahrung des ſtreitigen Gegenſtandes entweder a) unentgeldlich, und dann wird ihm entweder α) blos die Aufſicht übertragen, hier iſt es dann ein wahres Depoſitum; oder es wird ihm β) auch zugleich die Verwaltung eingeräumt. Hier geht die Sequeſtration in einen contractus mandati über. Oder b) er erhält einen Lohn, und je nachdem dieſer entweder im baaren Gelde, oder in einer andern Art der Vergeltung beſteht, iſt die

Se-

Sequestration entweder als Miethcontract oder als ein unbenannter Contract zu behandeln [20]).

II. Wird die Sequestration als richterliche Verfügung betrachtet, so erscheint sie bald als Sicherungsmittel, bald als Executionsmittel, und kann auch ohne Zustimmung der Partheyen vom Richter verhängt werden [21]). In dieser Hinsicht wird sie dann von den heutigen Rechtslehrern *Sequestratio necessaria* genennt.

A) Als Sicherungsmittel kann sie sowohl über streitige, als nicht streitige Gegenstände angeordnet werden [22]). Es muß nur immer eine solche Gefahr zu besorgen seyn, zu deren Abwendung eine Sequestration das einzige taugliche Mittel ist [23]). Dann können sowohl Sachen aller Art, sie seyen bewegliche oder unbewegliche, körperliche oder unkörperliche, als auch freie Personen männlichen und weiblichen Geschlechts ein Gegenstand der Sequestration seyn [24]). Eine solche sequestratio necessaria kann, zur Sicherung der Rechte eines Theils, auf einen amtlichen Befehl des Richters in folgenden Fällen verfügt werden.

1) Wenn zu befürchten ist, daß der Besitzer mit der Sache die Flucht ergreifen möchte [25]); oder daß

2) das Vermögen einer Person, für deren Sicherheit der Richter zu sorgen hat, von dem Besitzer desselben verschwendet, oder der streitige Gegenstand während des Prozesses verwüstet werden möchte [26]); oder

3) daß

20) S. TRENDELENBURG Diss. §. 7. et 11.

21) *L. 7. §. ult. D. Qui satisdare cog. L. 11. §. 1. D. ad exhib. L. 1. §. 37. L. 5. §. ult. D. h. t. L. 22. §. 8. D. Soluto matr.*

22) S. de COCCEJI iur. civ. contr. h. t. Qu. 16.

23) *L. 22. §. 8. in fin. D. Soluto matrim.* S. *Nic. Christph.* KOB Diss. de sequestratione permissa. *Altorfii 1712.*

24) *L. 3. §. 6. D. de liber. exhib.*

25) *L. 7. §. 2. D. Qui satisd. cog.*

26) *L. 22. §. 8. D. Soluto matrim. L. 21. §. fin. D. de appellat. Cap. 2. X. de sequestr. possess. et fruct.*

3) daß es während des Prozesses zwischen den Partheyen zu Thätlichkeiten kommen, und einer den andern mit Gewalt in dem Besitz stöhren werde [27]).

4) Wenn sich zwey um eine Braut streiten, und jeder ein Vorrecht vor dem andern an ihrer Person zu haben behauptet [28]).

5) Wenn Jemand ein Mädchen als seine Tochter reclamirt, und der Beweis hierüber mit Schwierigkeiten verbunden, auch der Beklagte in keinem guten Rufe steht, so daß man das Mädchen nicht ohne Gefahr bey ihm lassen kann [29]).

6) Wenn sich eine Wittwe für schwanger ausgiebt, oder im Falle einer Ehescheidung der Ehemann Grund hat zu vermuthen, daß die Frau schwanger sey [30]).

In solchen Fällen, da der Richter die Sequestration verfügt, kann die Sache entweder in gerichtliche Verwahrung gebracht, oder auch einem Dritten und zwar nach Befinden der Umstände entweder blos in Verwahrung oder auch zur Verwaltung übergeben worden. Bey Sequestration der Frauenspersonen soll die Aufsicht einer Frau von bekannter Rechtschaffenheit übertragen werden [31]).

B) Als Executionsmittel werden Sequestrationen nach rechtskräftiger Entscheidung des Rechtsstreits von dem Richter in der Absicht verhängt, um den Gläubiger aus den Früchten der Sache zu befriedigen, wenn Gründe vorwalten, warum die Sache selbst dem Schuldner zu erhal-

27) *L. 9. C. de transact.*

28) *Cap. 14. X. de sponsal.* *Henr. de* COCCEJI Diss. de foeminarum sequestro. *Francof. ad V adr. 1698.* *Io. Guil.* HOFFMANN Observation, quae ad usum fori spectant, Diss. I. Obs. 8. und Archiv für die theor. und pract. Rechtsgelehrsamkeit von Hagemann und Günther 2. Th. Nr. VIII.

29) *L. 3. §. 6 D. de lib. exhib.*

30) Vid. *Tit. Pand. de inspiciendo ventre. XXV. 4.* WESTENBERG Divus Marcus. Diss. X.

31) *L. 3. §. 6. D. de lib. exhib. Cap. 14. X. de sponsal. Cap. 8. X. de restitut. spoliat.*

halten ist, oder die Vollstreckung nur in die Früchte geschehen kann, wie z. B. bey Lehnen oder Familienfideicommissen [32]).

§. 949.

Klagen aus dem Sequestrum.

Insofern die Sequestration durch einen Vertrag der Partheyen geschahe, kann der Sequester von demjenigen, welchem die Sache nach geendigter Sequestration zu restituiren ist, durch die aus dem Contract entspringende Klage, welche hier den Beynamen *sequestraria* erhält [33]), auf Herausgabe derselben belangt werden. Dagegen kann aber auch der Sequester seiner Seits durch die ihm zustehende Contractsklage unter gleicher Nebenbezeichnung wegen seiner Gegenansprüche von dem Kläger Entschädigung fordern. Ist daher das Sequestrum a) als eine Art des Depositums geschehen, so ist die Klage von Seiten des obsiegenden Theils *actio depositi sequestraria directa*, von Seiten des Sequesters *actio depositi sequestraria contraria*. b) Geschahe die Sequestration nach Art eines Mandats, so hat die *actio mandati sequestraria* Statt, welche auch bald directa bald contraria ist. c) Ward sie als ein locatio operarum mit dem Sequester eingegangen, so ist die Klage die *actio locati* und *conducti sequestraria*. Endlich d) nimmt die Sequestration die Natur eines unbenannten Contracts an, so wird die Klage *actio praescriptis verbis sequestraria* genennt [34]).

32) S. Gönners Handbuch des gem. Processes 4. B. Nr. LXXX. §. 10.

33) *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* Cum sequestre recte agetur *depositi sequestraria actione*, quam et in heredem eius reddi oportet.

34) *L.* 9. §. 3. *D. de dolo malo.* S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 806. u. ff.

halten ist, oder die Vollstreckung nur in die Früchte geschehen kann, wie z. B. bey Lehnen oder Familienfideicommissen [32]).

§. 949.

Klagen aus dem Sequestrum.

Insofern die Sequestration durch einen Vertrag der Partheyen geschahe, kann der Sequester von demjenigen, welchem die Sache nach geendigter Sequestration zu restituiren ist, durch die aus dem Contract entspringende Klage, welche hier den Beynamen *sequestraria* erhält [33]), auf Herausgabe derselben belangt werden. Dagegen kann aber auch der Sequester seiner Seits durch die ihm zustehende Contractsklage unter gleicher Nebenbezeichnung wegen seiner Gegenansprüche von dem Kläger Entschädigung fordern. Ist daher das Sequestrum a) als eine Art des Depositums geschehen, so ist die Klage von Seiten des obsiegenden Theils *actio depositi sequestraria directa*, von Seiten des Sequesters *actio depositi sequestraria contraria*. b) Geschahe die Sequestration nach Art eines Mandats, so hat die *actio mandati sequestraria* Statt, welche auch bald directa bald contraria ist. c) Ward sie als ein locatio operarum mit dem Sequester eingegangen, so ist die Klage die *actio locati* und *conducti sequestraria*. Endlich d) nimmt die Sequestration die Natur eines unbenannten Contracts an, so wird die Klage *actio praescriptis verbis sequestraria* genennt [34]).

32) S. Gönners Handbuch des gem. Processes 4. B. Nr. LXXX. §. 10.

33) *L. 12. §. 2. D. h. t.* Cum sequestre recte agetur *depositi sequestraria actione*, quam et in heredem eius reddi oportet.

34) *L. 9. §. 3. D. de dolo malo.* S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 806. u. ff.

halten ist, oder die Vollstreckung nur in die Früchte geschehen kann, wie z. B. bey Lehnen oder Familienfideicommissen [32]).

§. 949.

Klagen aus dem Sequestrum.

Insofern die Sequestration durch einen Vertrag der Partheyen geschahe, kann der Sequester von demjenigen, welchem die Sache nach geendigter Sequestration zu restituiren ist, durch die aus dem Contract entspringende Klage, welche hier den Beynamen *sequestraria* erhält [33]), auf Herausgabe derselben belangt werden. Dagegen kann aber auch der Sequester seiner Seits durch die ihm zustehende Contractsklage unter gleicher Nebenbezeichnung wegen seiner Gegenansprüche von dem Kläger Entschädigung fordern. Ist daher das Sequestrum a) als eine Art des Depositums geschehen, so ist die Klage von Seiten des obsiegenden Theils *actio depositi sequestraria directa*, von Seiten des Sequesters *actio depositi sequestraria contraria*. b) Geschahe die Sequestration nach Art eines Mandats, so hat die *actio mandati sequestraria* Statt, welche auch bald directa bald contraria ist. c) Ward sie als ein locatio operarum mit dem Sequester eingegangen, so ist die Klage die *actio locati* und *conducti sequestraria*. Endlich d) nimmt die Sequestration die Natur eines unbenannten Contracts an, so wird die Klage *actio praescriptis verbis sequestraria* genennt [34]).

32) S. Gönners Handbuch des gem. Processes 4. B. Nr. LXXX. §. 10.

33) *L.* 12. §. 2. *D. h. t.* Cum sequestre recte agetur *depositi sequestraria actione*, quam et in heredem eius reddi oportet.

34) *L.* 9. §. 3. *D. de dolo malo.* S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 806. u. ff.

halten ist, oder die Vollstreckung nur in die Früchte geschehen kann, wie z. B. bey Lehnen oder Familienfideicommissen [32]).

§. 949.

Klagen aus dem Sequestrum.

Insofern die Sequestration durch einen Vertrag der Partheyen geschahe, kann der Sequester von demjenigen, welchem die Sache nach geendigter Sequestration zu restituiren ist, durch die aus dem Contract entspringende Klage, welche hier den Beynamen *sequestraria* erhält [33]), auf Herausgabe derselben belangt werden. Dagegen kann aber auch der Sequester seiner Seits durch die ihm zustehende Contractsklage unter gleicher Nebenbezeichnung wegen seiner Gegenansprüche von dem Kläger Entschädigung fordern. Ist daher das Sequestrum a) als eine Art des Depositums geschehen, so ist die Klage von Seiten des obsiegenden Theils *actio depositi sequestraria directa*, von Seiten des Sequesters *actio depositi sequestraria contraria*. b) Geschahe die Sequestration nach Art eines Mandats, so hat die *actio mandati sequestraria* Statt, welche auch bald directa bald contraria ist. c) Ward sie als ein locatio operarum mit dem Sequester eingegangen, so ist die Klage die *actio locati* und *conducti sequestraria*. Endlich d) nimmt die Sequestration die Natur eines unbenannten Contracts an, so wird die Klage *actio praescriptis verbis sequestraria* genennt [34]).

32) S. Gönners Handbuch des gem. Processes 4. B. Nr. LXXX. §. 10.

33) *L. 12. §. 2. D. h. t.* Cum sequestre recte agetur *depositi sequestraria actione*, quam et in heredem eius reddi oportet.

34) *L. 9. §. 3. D. de dolo malo.* S. Schmidts Lehrbuch von Klagen und Einreden §. 806. u. ff.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 15,1

Erlangen (1813)

J.rom.c. 137-15,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565401-3
VD18 90225082